# Der Kartellgesetzentwurf im Lichte der Sozialen Marktwirtschaft

Roland Seyfert

1962

7099

# DER KARTELLGESETZENTWURF IM LICHTE DER SOZIALEN MARKTWIRTSCHAFT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Roland Seyfert

aus Stuttgart

1962

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

| | |
|---|---|
| Obmann: | Professor Dr. Erich Arndt |
| Erstberichterstatter: | Professor Dr. Karl Brandt |
| Zweitberichterstatter: | Professor Dr. Woldemar Koch |
| Tag der mündlichen Prüfung: | 23. Februar 1962 |

# V O R W O R T

Seit Jahren wird in der Bundesrepublik um die Fassung eines "Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung" gerungen. Seit der Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland hat die Vorbereitung eines Gesetzes selten einen derartigen Widerhall gefunden. Obwohl sich schon im Laufe der letzten Jahre viele Wissenschaftler, Nationalökonomen und Juristen sowie Praktiker aus den verschiedensten Bereichen der Wirtschaft mit Grundsatz- und Einzelfragen des Kartellproblems auseinandergesetzt haben, gibt es noch einige Gesichtspunkte, die in den mir bekannten Erörterungen nicht die gebührende Berücksichtigung gefunden haben.

Das Kartellgesetz soll wirklichkeitsnah sein und die bestehende Wirtschaftsordnung, die Soziale Marktwirtschaft, unterstützen und festigen. Was liegt näher, als das Kartellproblem in der Bundesrepublik speziell unter dem Gesichtswinkel dieser Wirtschaftsordnung zu betrachten. Da aber die Soziale Marktwirtschaft eine Wirtschaftsordnung ist, die weder eine theoretische Konstruktion noch ein Wunschbild darstellt, sondern als Ordnungsprinzip lebendigen Wirtschaftsgeschehens von der Wirklichkeit wirtschaftlicher Vorgänge erfüllt ist, ergibt sich hieraus die Konsequenz, das Kartellproblem wirklichkeitsnah zu behandeln.

Unter diesen Leitgedanken steht meine nachfolgende Arbeit über den Kartellgesetzentwurf im Lichte der Sozialen Marktwirtschaft. Kritik und Vorschläge bauen stets auf den Voraussetzungen der westdeutschen Wirtschaft auf.

Diese Arbeit wurde von mir 1956 begonnen und 1960 vollendet. Die Zwischenzeit umfaßt die wichtigsten Entwürfe bis zur Verabschiedung des Gesetzes am 19. Juli 1957 durch den Bundestag und die ersten drei Jahre nach der Aktualisierung des Gesetzes. Ich darf deshalb den Leser bitten, dem Umstand Rechnung zu tragen, daß erst bei der Abfassung des Schlußwortes das Gesetz vorlag. Da jedoch in den wesentlichsten Punkten und im Prinzip der hier besprochene Entwurf zum Gesetz wurde, wird diese Zeitspanne sich für den Leser nicht störend auswirken.

Roland S e y f e r t

1960

# Inhaltsverzeichnis


| | Seiten |
|---|---|
| Vorwort | |
| Einführung in die Problemstellung ..... | I - II |
| **Kapitel I** | |
| Analytische Betrachtung der Kartelle als Voraussetzung zur Behandlung des Kartellproblems. | |
| § 1 Kartelldefinition und Abgrenzung gegenüber den Erscheinungsformen Konzern und Trust ..... | 1 - 3 |
| § 2 Verursachung der Kartelle und Abriß über die Kartellentwicklung in Deutschland ..... | 4 - 12 |
| § 3 Die Erscheinungsformen der Kartelle ..... | 12 - 20 |
| § 4 Grundsätzliche Betrachtungen über das Problem der Kartellfähigkeit ..... | 21 - 25 |
| **Kapitel II** | |
| Hauptinhalt des Gesetzentwurfes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf das Kartellproblem | |
| § 5 Zur Entwicklung des Gesetzentwurfes ..... | 26 - 28 |
| § 6 Die Zielsetzung des Gesetzentwurfes ..... | 28 - 31 |
| § 7 Die theoretische Begründung des Gesetzentwurfes ..... | 31 - 36 |
| § 8 Der Anwendungsbereich des Gesetzentwurfes .... | 36 - 38 |
| § 9 Hauptinhalt des Gesetzentwurfes im Hinblick auf das Kartellproblem ..... | 38 - 42 |

Seiten


Kapitel III

Die theoretischen Grundlagen des Gesetzentwurfes und deren Anwendung auf die ökonomische Wirklichkeit

§ 10 Die Soziale Marktwirtschat und ihre Geltung ..... 43 - 47

§ 11 Zum Begriff der wirtschaftlichen Freiheit ..... 48 - 50

§ 12 Die Voraussetzungen eines vollkommenen Wettbewerbs ..... 50 - 53

§ 13 Die Ursachen des unvollkommenen Wettbewerbs .. 53

a) Das Problem der Markttransparenz ..... 53 - 56

b) Der Einfluß von Patenten, Lizenzen und Musterschutz 56 - 57

c) Die Werbung und ihre Auswirkungen ..... 58 - 59

§ 14 Zusammenfassung zur Beurteilung des Kartellproblems ..... 59 - 60

Kapitel IV

Der Kartellgesetzentwurf in der Diskussion ..... 61 - 62

§ 15 Was spricht für Kartellverbot ..... 62 - 65

§ 16 Was spricht gegen Kartellverbot ..... 66 - 70

Kapitel V

Stellungnahme zur Kartelldebatte

§ 17 Geltungsbereich des Kartellverbots und die Kartellfähigkeit in diesen Bereichen ..... 71 72

§ 18 Die Problematik der Verbotskontrolle ..... 72 - 76

§ 19 Das Substitutionsproblem ..... 77 - 78

§ 20 Das Außenseiterproblem ..... 79 - 80

Seiten

Kapitel VI

Versuch einer positiven Lösung des Problems

§ 21 Die Abgrenzung der wirtschaftlichen Freiheit in der Sozialen Marktwirtschaft" ..... 81 - 83

§ 22 Das Problem der Kartellkontrolle ..... 84 - 89

§ 23 Die Aufgabe der Wirtschaftsverbände ..... 89 - 92

§ 24 Schlußbetrachtung ..... 93 - 94

Literatur-Verzeichnis ..... 95 - 99

Lebenslauf

# I

## EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMSTELLUNG

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit dem Kartellgesetzentwurf als speziellen Teil des Entwurfs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Unser besonderes Interesse gilt dabei der Sozialen Marktwirtschaft, der herrschenden Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik.

Die geschlossenste Gruppe, die zugleich die größte Zahl von Autoren mit einheitlicher Grundkonzeption vereinigt, stellt die sogenannte Freiburger Richtung dar. Zusammen mit verwandten Spielarten des Neoliberalismus verlangt sie vom Staat, daß er die kollektive Marktmacht verhindere, insbesondere den Unternehmern verbiete, freiwillig auf ihr Recht zu freier Wettbewerbsbetätigung zu verzichten. Die Vertreter dieser Auffassung leiten Recht und Pflicht des Gesetzgebers ab, die Unternehmer zur Freiheit zu zwingen. Dieses neoliberale Schema sollte jedoch später im Gesetz nicht mehr so klar zum Ausdruck kommen, da das Gesetz - wie wir später sehen - ein Kompromiß wurde, in dem auch anders denkende Wissenschaftler und Interessentenrichtungen ihren Niederschlag finden sollten.

Wir untersuchen das Kartellproblem in wirklichkeitsnaher Betrachtung. Zu fragen ist daher unter anderem, ob das Kartellproblem mit dem gegebenen Entwurf des Gesetzes gelöst werden kann oder ob sich ein anderer Lösungsweg als realer und damit zweckmäßiger erweist.

Den Ausgang der Untersuchung bildet eine analytische Betrachtung der Kartelle als wesentliche Voraussetzung zur Behandlung des Kartellproblems in der Gegenwart. Im Vordergrund steht daher zunächst die Kartelldefinition und die Abgrenzung der Kartelle gegenüber anderen wirtschaftlichen Erscheinungsformen. Für die problematische Behandlung unseres Themas sind aber ferner die Fragen nach der Verursachung und nach den verschiedenen Erscheinungsformen der Kartelle von grundsätzlicher Bedeutung. Außerdem scheint uns eine grundsätzliche Betrachtung über das Problem der Kartellfähigkeit in diesem Zusammenhang von besonderer Wichtigkeit.

Nach der Klärung der vorgenannten Grundsatzfragen folgt abschließend im 2. Kapitel ein Überblick über die vom Gesetzgeber beabsichtigte Lösung des Kartellproblems im Rahmen des Gesetzentwurfes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Zur Vermeidung einer Ausdehnung des Fragenkomplexes haben wir auch hier bewußt eine Abgrenzung vorgenommen. Hiernach befassen wir uns mit den theoretischen Grundlagen des Gesetzentwurfes und deren Anwendung auf die ökonomische Wirklichkeit als

Kernstück unserer Untersuchung. Dabei beantworten wir zunächst die Frage über die Soziale Marktwirtschaft und ihre Geltung in der ökonomischen Wirklichkeit. Es schließen sich allgemeine Ausführungen zum Begriff der wirtschaftlichen Freiheit an. Erst dann befassen wir uns mit den Voraussetzungen eines vollkommenen Wettbewerbs innerhalb des Wirtschaftsprozesses und stellen diesem Abschnitt unmittelbar eine Untersuchung über die Ursachen des unvollständigen Wettbewerbs gegenüber. Den Schluß dieses Kapitels bildet eine Zusammenfassung des Untersuchungsergebnisses zur Beurteilung des Kartellproblems in der westdeutschen Wirtschaft.

Nun sind wir in der Lage, die wichtigsten Punkte der Diskussion um die Fassung des Kartellgesetzentwurfes in einer Gegenüberstellung des Für und Wider das Kartellverbot kritisch zu würdigen. Hieran schließt sich unsere Stellungnahme zur Kartelldebatte. Dabei versuchen wir die Schwerpunkte herauszuarbeiten, die wir in einem letzten Kapitel zu einer positiven Lösung des Kartellproblems als unser eigentliches Untersuchungsziel zu verwerten suchen.

# K A P I T E L I

## ANALYTISCHE BETRACHTUNG DER KARTELLE ALS VORAUSSETZUNG ZUR BEHANDLUNG DES KARTELLPROBLEMS

### § 1 Kartelldefinition und Abgrenzung gegenüber den Erscheinungsformen Konzern und Trust

Das besondere Wesensmerkmal des Kartells ist der freiwillige Zusammenschluß von Unternehmungen möglichst der gleichen Art oder Branche, mit dem Zweck, eine gemeinsame Verhaltungsweise zu fixieren. Die Vereinbarungen der im Kartell vereinigten Unternehmungen beruhen in der Regel auf der Basis eines Vertrages, der allerdings sehr vielgestaltig sein kann und von der mündlichen Absprache hinter verschlossenen Türen bis zum schriftlichen Vertragswerk reicht, bei dem die Handlungsweisen im einzelnen genau festgelegt sind. Dabei ist wesentlich, daß die Mitgliedsfirmen beim Kartell wirtschaftlich selbständig bleiben und sich nur in bestimmter Hinsicht vertraglichen Beschränkungen unterwerfen. Diese Beschränkungen beziehen sich hauptsächlich auf eine gemeinsame Fixierung eines Aktionsparameters im Hinblick auf den Markt, etwa in der Form von Qualitäts- oder Normungsabsprachen, Preisfestsetzungen, Bestimmungen über Absatzquanten, Aufteilung von Absatzgebieten, Zahlungsvereinbarungen usw.

Bei der Vielzahl der Erscheinungsformen vertraglicher Vereinbarungen im Hinblick auf die Beeinflussung des Marktes nimmt LIEFMANN eine Aufgliederung in "beschränkte Kartelle" (z.B. Preisfestsetzungen) und in "verteilende Kartelle oder Kontingentierungen" 1) (z.B. Aufteilung des Marktes nach Absatzquoten) vor.

Als Zielsetzung der Kartelle wird die Beeinflussung des Marktes besonders herausgestellt. In der älteren Kartelliteratur, insbesondere bei LIEFMANN, finden wir als wesentliches Merkmal die Schaffung eines Monopols für jeden Kontrahenten oder doch für jede Gruppe eines solchen 2). Diese Auffassung kann jedoch heute nicht mehr geteilt werden. KLUG argumentiert hier vorsichtiger, indem er davon spricht, daß Kartelle "freie Vereinbarungen oder freie Verbände selbständig bleibender (latent konkurrierender) und soziologisch gesehen gleichartiger Erwerbswirtschaften

---

1) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S. 41.
2) vgl. LIEFMANN, Robert: a.a.O. S. 32.

sind, zwecks möglichst umfassender und letzten Endes monopolischer Marktbeeinflussung ihrer Interessengebiete" 3). Diese Definition zeigt, daß es auf die realen wirtschaftlichen Gegebenheiten ankommt, ob durch eine Kartellvereinigung zugleich auch eine monopolistische Marktbeeinflussung entstehen kann. Es braucht in diesem Zusammenhang nicht bestritten werden, daß bei der Absicht einer Kartellbildung vielfach auch der Wunsch zu einer monopolistischen Marktbeeinflussung Pate steht. Von einer monopolistischen Beeinflussung kann man aber nur sprechen, wenn die durch Kartellzusammenschluß zustande gekommene Unternehmervereinigung entweder auf regional mehr oder weniger abgegrenzten Märkten oder auf einem Teilmarkt der gesamten Volkswirtschaft eine Stellung einnimmt, die der Marktform des Angebots- oder Nachfragemonopols entspricht oder ihr mindestens nahekommt. Im letzteren Falle muß allerdings der Einfluß der Vereinigung so groß sein, daß Außenseiter entweder überhaupt nicht auftreten können oder wenn sie auftreten, im Hinblick auf ihr Marktgewicht bedeutungslos bleiben.

PÜTZ ist der Auffassung, daß "kein privatrechtliches Kartell" die Konkurrenz völlig ausschalten kann. Es steht immer im Druck der tatsächlich vorhandenen oder der latenten Außenseiter-Konkurrenz und unter dem inneren Druck des latenten Kampfes der Kartellmitglieder. Er kommt daher zu dem Ergebnis, daß "die meisten Kartellpreise - in the long run - in der Höhe nicht wesentlich von den Preisen abweichen, die sich im Falle der Konkurrenz herausbilden würden" und schließt daraus, daß "nicht so sehr die Preishöhe, als vielmehr die Stabilisierung der Schwankungen der Preise und der Produktionsmenge das Ziel der Kartellmaßnahmen darstellen" 4).

In neuerer Zeit ist man davon abgekommen, das Monopolkriterium als für den Kartellbegriff wesentlich zu halten. Kartelle können nach der Marktformentheorie Monopole sein, müssen es aber nicht. BERNHARD sieht die Kartelle als "eine Zusammenfassung von Unternehmen eines bestimmten Wirtschaftszweiges zum Zwecke der Profiterhaltung oder Profitvermehrung" 5a).

Aber auch diese Definition empfinden wir nicht als treffend und wirklichkeitsnah, da viele Kartelle diesen Zweck erreichen können und so eine "kapitalistische Organisation" darstellen; aber es gibt auch Handwerkerkartelle, die mehr aus traditionellen Gründen nach "standesgemäßen Einkommen" streben. Die Profiterzielung ist also kein unabdingbares Merk-

---

3) vgl. KLUG: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". S. 30.
4) PÜTZ, Theodor: "Theorie der Allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung". Wien 1948. S. 225.

mal der Kartelle. Die Schweizerische Preisbildungskommission spricht deshalb vom Kartellzweck als Ertragssteigerung, Ertragserhaltung oder als Abschwächung des Ertragszerfalls 5b).

Zusammenfassend sei festgestellt, daß die Mitglieder innerhalb eines Kartellverbandes im großen und ganzen wirtschaftlich und rechtlich selbständig bleiben und sich lediglich im Hinblick auf den Kartellzweck freiwillig auf eine gemeinsame Verhaltungsweise festlegen. Demgegenüber ist der Konzern eine Zusammenfassung rechtlich selbständiger Firmen zu einer wirtschaftlichen Einheit unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung. Der Konzern kann zudem in der Zusammenfassung sowohl horizontal als auch vertikal ausgerichtet sein, während beim Kartell in der Regel nur das erstere der Fall ist. Eine gewisse Ähnlichkeit zu den Kartellen ist beim Konzern dann gegeben, wenn er horizontal gegliedert ist und die gemeinsame Preispolitik im Sinne der Beeinflussung des Marktes zu einer beherrschenden Zwecksetzung geworden ist. Dann aber liegt außer der Intensität der Bindung beim Konzern keine andere Beeinflussung vor wie beim Kartell. Wo die Selbständigkeit der Unternehmung in formalrechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht vollkommen aufhört, kommen wir zur monopolistischen Fusion des Trust. Zwischen Kartell und Trust besteht der organisatorische Unterschied, daß beim Kartell die rechtliche Selbständigkeit absolut gewahrt bleibt und die wirtschaftliche nur im Hinblick auf den Umfang der Marktabsprachen eingeengt wird. Im Hinblick auf die Intensität der Marktbeeinflussung ist beim Trust ohne weiteres ein sehr viel stärkerer Zug zur monopolistischen Beeinflussung gegeben als beim Kartell; weil das im Trust zusammengefaßte Gesamtangebot nur einem einheitlichen Willen unterliegt. Hier soll jedoch der Trust nicht überbetont werden, da er in Deutschland verhältnismäßig wenig Verbreitung gefunden hat. Die Erscheinungsform des Konzerns soll in der nachfolgenden Problematik nur insoweit behandelt werden, als sie innerhalb einer Kartellorganisation oder für sich als marktbeherrschende Unternehmungen auftreten.

---

5a + 5b) PÜTZ, Theodor: 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements: "Kartell und Wettbewerb in der Schweiz". Bern 1957.

## §2 Verursachung der Kartelle und Abriß über die Kartellentwicklung in Deutschland

WAGENFÜHR schrieb, es sei eine Doktorfrage, ob der "freie Wettbewerb", von dem in den Lehrbüchern so viel die Rede ist, überhaupt je rein existierte 6). Sicher ist aber, daß sich seit den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts industrielle Zusammenschlüsse immer mehr ausbreiteten, und daß das "freie Handeln am Markt" zusehends ersetzt wurde durch Absprachen und Vereinbarungen zwischen den Interessenten. In Deutschland hat diese Zusammenschlußbewegung vor allem die Form der Kartellierung angenommen. Die Zahl der Kartelle ist nach 1875 sprunghaft gewachsen.

1865 waren es 4 Kartelle, während 1887 schon 70 Kartelle bestanden. In der folgenden Zeit fand das Kartellwesen immer weitere Verbreitung. 1925 waren von der damaligen Kartellbehörde bereits über 2500 Kartelle registriert. Allerdings sind zahlenmäßige Angaben dieser Art unbefriedigend, weil sie keine Vorstellungen von den ökonomischen Einflußmöglichkeiten der Kartelle geben und weil die Kartellregelungen verschieden tief greifen können. Manche Kartelle regeln nur die Verkaufsbedingungen, andere die Preise, noch andere die Absatzgebiete; in den höheren Kartellformen werden darüber hinaus die Aufträge zentral verteilt und abgerechnet.

Der Schwerpunkt der Kartellbildung lag vor dem 1. Weltkrieg eindeutig bei den Grundstoffindustrien. Die Bildung des Rhein.-Westfälischen Kohlensyndikats, des Roheisenverbands, des Stahlwerksverbands und des Vereins Deutscher Portlandzementfabriken sind hier die markantesten Beispiele. Nach WAGENFÜHR sind sie alle entstanden, um die Risiken der kapitalintensiven Produktion zu mildern, heftige Schwankungen im Ausnutzungsgrad abzufangen und gleichmäßigere Finanzerträge zu sichern. Ob diese "konjunkturpolitische" Funktion der Kartelle wirklich erreicht wurde, ist umstritten; sicher aber ist eine gewisse "Starrheit" der Märkte die Folge gewesen, wobei nicht selten die Stabilität auf Kosten der Abnehmer erreicht wurde 7). Wie wir jedoch später feststellen, ist diese "Starrheit" nach moderner Auffassung veraltet und durch die Entwicklung überholt.

Adolf WEBER weist besonders darauf hin, daß die Unternehmer, wenn sie schon national unter sich sind, sich leicht veranlaßt sehen, die noch vorhandene nationale Konkurrenz durch Bildung von Konzernen und Kartellen weiter einzuschränken.

---

6) vgl. WAGENFÜHR, Rolf: "Mensch und Wirtschaft". Köln 1952. S. 104.
7) vgl. WAGENFÜHR, Rolf: ebenda. S. 105.

Es ist "einleuchtend, daß es innerhalb der mehr oder weniger engen nationalen Grenzen leichter ist, widerstrebende Interessen unter einen Hut zu bringen als innerhalb des großen Gesamtgebietes der Weltwirtschaft. Die Bemühungen der Kartelle, oder ähnlichermehr oder minder monopolistischer Einrichtungen, ihre wirtschaftliche Macht auf internationale Basis zu stellen, haben nur vereinzelt und meist nur für kurze Zeit Erfolg gehabt. Es gibt keinen besseren Freund für die Kartelle als den Schutzzoll und keine besseren Mittel in der Volkswirtschaft, gefährliche Übergriffe der Kartelle zu verhindern, als die frische Zugluft der auswärtigen Konkurrenz" 8).

Besonders eingehend befaßt sich LIEFMANN mit der Verursachung der Kartelle. Er führt aus, daß Kartellzusammenschlüsse durch den immer intensiver werdenden Konkurrenzkampf und durch die ebenfalls an Stärke und Dauer wachsenden Krisen und damit verbundene Steigen des Kapitalrisikos einerseits und das Sinken der Gewinne andererseits zustande gekommen seien. "Wie das zunehmende Kapitalrisiko zu der fortgesetzten Verbreiterung der Unternehmerposition geführt hat, durch welche dasselbe auf mehrere Träger verteilt werden soll, so ist es auch eines der wichtigsten Gründe für das Entstehen der Kartelle, welche die Aufgabe haben, es in hohem Maße zu verhindern." 9)

LIEFMANN ist der Auffassung, daß übermäßiger Konkurrenzkampf, wenn er nicht mit dem Siege Einzelner, dem Monopol, endet, was aber eine seltene Ausnahme ist, zu Kartellen führen muß. "Die Konkurrenz tötet die Konkurrenz", sagt Proudhon 10). Das Zustandekommen vieler Kartelle ist aber erst durch die Einführung der Schutzzölle unter Bismarck (1879) ermöglicht worden, obwohl der Gedanke an Verbände als Mittel zur Beseitigung der Konkurrenzkämpfe sicher schon vor 1879 in zahlreichen Unternehmungszweigen vorhanden war. 11) "Auch wo nicht ein Kartell direkt ein anderes hervorruft, sind die Kartelle der Weiterverarbeiter doch häufig im Anschluß an ein solches der Produzenten entstanden." 12) Eine Darstellung über die Verursachung der Kartelle wäre unvollständig, wenn wir nicht auch die Gründe einschieben würden, die einer Kartellbildung trotz ernsthafter Bemühungen entgegenwirken. Die Geschichte der deutschen Kartellentwicklung liefert zahlreiche Beispiele, wo man nicht über den Versuch zur Kartellbildung hinausgekommen ist oder die Wirksamkeit

---

8) WEBER, Adolf: "Die neue Weltwirtschaft". München 1947. S. 349.
9) LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S.44.
10) LIEFMANN, Robert: ebenda. S. 48.
11) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897 S. 52.
12) vgl. LIEFMANN, Robert: ebenda. S. 56.

eines Kartells durch unklare oder zu locker formulierte Bestimmungen von vornherein nicht gegeben war. "Häufig sind Kartellbestrebungen resultatlos verlaufen, weil die zu große Zahl der in Betracht kommenden Unternehmer eine Verständigung verhinderte" 13). Das muß aber nicht immer der Fall sein, wie LIEFMANN an dem Beispiel des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats zu zeigen versucht. Diese volkswirtschaftlich und numerisch mit bedeutendste Kartellorganisation Deutschlands, der über hundert Zechen angehören, ist es gelungen, zu einem organisatorisch, wie wirtschaftlich fest gefügten Gebilde zu werden. Es darf allerdings gerade bei diesem Beispiel nicht übersehen werden, daß hier eine sehr wichtige Voraussetzung gegeben war, die die Bildung eines Kartells wesentlich erleichtern kann, nämlich die Lokalisation der Mitglieder auf einen relativ eng begrenzten Wirtschaftsraum. "Wenn die Unternehmer alle nah beieinander domiziliert sind, wird eine Verständigung zwischen ihnen leichter sein, als wenn sie über ein großes Gebiet verstreut sind." 14)

"Auch Verschiedenheiten in der Höhe der Produktionskosten erschweren die Kartellbildung; denn meist haben die am billigsten produzierenden Werke keine große Lust dazu, durch Preisfestsetzungen auch die teurer produzierenden am Leben zu halten, deren Produktion sie selbst übernehmen könnten. Wo also Aussicht vorhanden ist, daß der Konkurrenzkampf wirklich zum Siege einiger Unternehmen und zur Vernichtung anderer führen wird, da wird es zu Kartellen nicht kommen. Darin, daß Verbände von Unternehmungen mit zu verschiedenen wirtschaftlichen Aussichten nicht leicht zustande kommen, liegt eine gewisse Gewähr, daß Kartelle den technischen Fortschritt und das Streben nach stetiger Verbilligung der Produkte nicht aufhalten." "Das beste Mittel für das Bestehen eines Unternehmerverbandes ist natürlich das allgemeine Bewußtsein von seiner Notwendigkeit, die Furcht vor dem Konkurrenzkampf, welche wie auch schon erwähnt sein Entstehen veranlaßt haben. Aber daneben haben sich doch fast überall Mittel anderer Art notwendig erwiesen. Die Tatsache, daß derjenige Unternehmer von einem Kartell den größten Vorteil hat, der außerhalb desselben steht, wird häufig einige Unternehmer veranlassen, nach einiger Zeit die Verbandsbestimmungen nicht mehr einzuhalten, ein größeres Quantum und dasselbe zu niedrigerem Preis anzubieten, als vereinbart wurde. Sobald das öfters geschieht, wird natürlich der Verband gesprengt. Als Mittel, derartige Übertretungen der Verbandsbestimmungen zu verhindern, dienen die Konventionalstrafen." 15)

---

13) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S. 57.
14) vgl. LIEFMANN, Robert: ebenda. S. 58.
15) vgl. LIEFMANN, Robert: ebenda. S. 59/60.

Wir sehen also, daß es eine Reihe von Gründen gibt, die einer Kartellierung entgegenwirken. Zur Verursachung der Kartelle stellen wir weiter fest, daß jeder Unternehmer sich zunächst in der Freiheit seines wirtschaftlichen Handelns ohne Beschränkungen wissen möchte. Das Eingehen in eine Bindung wird zumeist durch die wirtschaftliche Lage bestimmt, die er von sich aus nicht ändern kann. Je nach dem Grade der Schwierigkeiten, die ihm seine ökonomische Position am Markte bereitet, wird er gewillt sein, mehr oder weniger an eigener Handlungsfreiheit zugunsten einer gemeinsamen Zielsetzung innerhalb einer Kartellorganisation zu opfern. Daß es oft nicht gelungen ist, ein Kartell zustande zu bringen, zeigt deutlich, daß die Unternehmer ihre individualistische Einstellung gegenüber einem Kollektiv oft nicht zu opfern bereit sind. Das gleiche belegen auch die vielfach langwierigen Verhandlungen, die einer Kartellbildung vorausgingen. Selbst das Beispiel über das Zustandekommen des Krisenkartells der Seifenindustrie in der Bundesrepublik belegt die oben getroffene Feststellung mit aller Deutlichkeit.

RICHTER sieht das Konkurrenzproblem und als Folge die Verbandsbildung immer dort, wo Interessenkonflikte vorliegen. Er stellt zur Lösung des Konkurrenzproblems heraus:

> Der Unternehmer reagiert z.B. auf preislicher Basis durch Unterbietung. Dies schafft aber nur einen augenblicklichen Vorteil und keinen auf die Dauer.
> Deshalb schlägt RICHTER Preisabsprachen vor im Sinne der "Hypothese gemeinsamer Erlösmaximierung." 16)

Die Theoretiker sind sich deshalb weitgehend darüber im klaren, daß es Vorteile bietet, Kartelle in bestimmten Erscheinungsformen zu gestatten, wodurch allerdings das Konkurrenzproblem nicht beseitigt ist, jedoch auf einen günstigen Nenner gebracht wird. Wir gehen hierauf in Kapitel VI noch näher ein.

Wir haben jedoch festgestellt, daß es besser ist, bei der Kartelldefinition ganz allgemein von Ertrag im volkswirtschaftlichen Sinne zu sprechen und nicht einschränkend von Erlösmaximierung. Entsprechend sehen wir die Kartellverursachung nicht nur mit dem Zweck der Ertragserhöhung, sondern primär unter dem Gesichtspunkt der Ertragserhaltung. Wie wir dargelegt haben, erfolgte die Gründung von Kartellen meist erst dann, wenn nicht nur die Grenzproduzenten nicht mehr auf ihre Kosten kamen, sondern auch die mit günstigeren Kosten produzierenden Unternehmer. In dieser Lage ging es dann um die Ertragserhaltung. In wirklichkeitsnaher Be-

---

16) vgl. RICHTER, Rudolf: "Das Konkurrenzproblem im Oligopol." Berlin 1954.

trachtung gesehen ist es deshalb die Konjunktur, die den Zeitpunkt zu Kartellgründungen festlegt. Das Kartellziel resultiert dann wieder aus dem Zeitpunkt der Stabilisierung des Kartells. Dementsprechend kann es um die Erhaltung und erst später evtl. um eine Erhöhung des Ertrages gehen.

Die ersten Kartellgründungen in Deutschland fallen in die Zeit der langen Depressionsperiode nach der sogenannten Gründerkrise von 1873. KIERDORF, der Organisator des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats, hat in diesem Zusammenhang das vielzitierte Wort ausgesprochen, Kartelle seien Kinder der Not.

Auf diese Feststellung soll später noch näher eingegangen werden. Zunächst wäre zu untersuchen, ob man - streng genommen - die Kartellgründungen nach 1873 als die ersten Kartelle bezeichnen kann, oder ob diese Erscheinungsformen des Wirtschaftslebens nicht schon in früheren Zeiten existent waren. Vor allem taucht hier die Frage auf, ob nicht auch die Zünfte des Handwerks innerhalb der mittelalterlichen Wirtschaftsverfassung als Kartelle anzusprechen sind. Bei dieser Erscheinungsform fand man verschiedentlich bereits eine gemeinsame Preispolitik innerhalb der jeweiligen Branchen vor. Der mittelalterliche Handwerksbetrieb ist aber nicht mit der Unternehmung der kapitalistischen Wirtschaftsverfassung gleichzusetzen, weil es damals einen Markt im Sinne der Erzeugung für unbekannte Abnehmer noch nicht gab. Der Handwerker des Mittelalters produzierte meist für den ihm bekannten Kunden auf dessen Bestellung. Auch lagen für die gemeinsame Preispolitik der Zünfte andere Motive zugrunde und vielfach waren auch die Zusammenschlüsse des Handwerks in den Zünften nicht freiwillig. Insofern kann man die Zünfte keinesfalls mit den Kartellen identifizieren, sondern bei den Preisabsprachen dieser Organisationsformen allenfalls von 'kartellartigen Abmachungen' sprechen. Damit sind Kartelle, unserer Definition entsprechend, Erscheinungsformen des Spätkapitalismus. Die Ursache ihrer Entstehung hängt sehr eng mit den dem kapitalistischen System eigenen inhärenten Konjunkturschwankungen und die Entstehung selbst vielfach zeitlich mit der Phase der Depression zusammen.

EUCKEN meint auch, daß Patente die Kartell- oder Konzernbewegung ausgelöst oder befestigt hätten. "Viele Kartelle seien deshalb zusammengehalten worden, weil der Einzelne befürchten mußte, im Falle des Ausscheidens aus der Kartellorganisation, das Recht an gewissen Patenten zu verlieren." 17)

---

17) vgl. EUCKEN, Walter: "Grundsätze der Wirtschaftspolitik." 1952 in Bern und Tübingen. S. 268.

Wir vermögen die Auffassung EUCKENS nicht zu teilen, denn das Vorhandensein und die wirtschaftliche Ausnützung von Patenten hängt nicht ursächlich mit der Kartellbildung zusammen. Patente und Lizenzen sind in einer nicht kartellierten Wirtschaft genauso üblich und zeigen im Hinblick auf den Markt genau dieselben Auswirkungen.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob die Kartelle immer "als Kinder der Not" anzusehen sind. Das würde bedeuten, daß sie ihre Berechtigung nur in Zeiten wirtschaftlicher Not hätten und diese verlieren würden, wenn sie überwunden wäre. Die Kartelle wären in diesem Falle passive Abwehrorganisationen. Die Geschichte der deutschen Kartellentwicklung zeigt aber, daß dies keineswegs der Fall ist. Vielmehr muß das Zitat KIERDORFS so aufgefaßt werden, daß die Kartellidee aus den Anfängen der Kartellentwicklung, den Zeiten wirtschaftlicher Depression entstanden sind, daß man aber später den Wert des Zusammenschlusses in Bezug auf die Marktbindung auch im a k t i v e n Sinne erkannt und praktiziert hat. Mitunter sind auch Kartelle später weiter ausgebaut worden, nicht mit dem Ziel der Existenzwahrung, sondern der Gewinnmaximierung, soweit dies die jeweilige Marktsituation zuließ. Dabei wurden auch Maßnahmen ergriffen, die einzig der Festigung und Stärkung der wirtschaftlichen Macht dienten. Zuweilen wurden Mittel angewendet, wie Ausschaltung unliebsamer Konkurrenz (Außenseiter) mit unfairen Mitteln, Verhängung von Liefersperren usw., was dann dazu geführt hat, daß die Kartelle zunehmend die Aufmerksamkeit der Rechtsprechung, Öffentlichkeit und Wirtschaft auf sich gelenkt und leidenschaftliche Diskussionen ausgelöst haben.

"Vor dem ersten Weltkriege waren die Roh- und Halbzeugindustrien das Haupttätigkeitsfeld der Kartelle, während sich die verarbeitenden Industrien auch in Notlagen mit losen Fachverbänden begnügen mußten, die lediglich die allgemeinen wirtschaftlichen Belange wahrten. Damals konnte ein Kartellbedürfnis in verarbeitenden Zweigen nicht befriedigt werden, weil infolge der Zersplitterung in Betrieben, Erzeugnissen und Marktverhältnisse die Voraussetzungen einer Kartellierung nicht gegeben waren." 18)

Nach dem ersten Weltkriege fand die Kartellierung innerhalb der deutschen Industrie schnelle Verbreitung. Zu den bereits genannten Gründen zum Kartellzusammenschluß trat noch der besondere Umstand, in dem sich die deutsche Wirtschaft nach dem verlorenen Kriege befand. Der im

---

18) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 83.

Jahre 1920 gegründete Reichsverband der deutschen Industrie trug dieser Entwicklung durch Errichtung einer Kartellstelle Rechnung.

"Wenn die Kartellstelle als freiwillige Gründung der Industrie in ihrem Aufgabenbereich die Selbstverwaltung in den Vordergrund stellte, so wollte sie damit zum Ausdruck bringen, daß sie willens war, etwaigen Gefahren der Kartellentwicklung möglichst unter Vermeidung von staatlichen Eingriffen mit besten Kräften entgegenzutreten. Wenn ihr als Wirtschaftsorganisation indessen die Vermeidung gesetzlicher Eingriffe nicht gelang, so hat sie aufgrund der Kartellaufsichtsgesetzgebung in der Form der Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, kurz Kartell-Verordnung genannt, ein erweitertes, von den staatlichen Organen anerkanntes Tätigkeitsfeld in der Vermeidung und Beseitigung von Kartellmißbräuchen erhalten."

Es ist durchaus verständlich, wenn diskriminierende Maßnahmen verboten bzw. unter Strafe gestellt werden sollen. In einem Rückblick auf die Kartellentwicklung kann aber allgemein festgestellt werden, "daß das Kartellgericht, nachdem es die üblichen Kinderkrankheiten überwunden hatte, Autorität und Anerkennung in Kreisen der Industrie genoß. Die Aufsicht des Reichswirtschaftsministeriums sah von unmittelbaren Eingriffen und von Anträgen an das Kartellgericht möglichst ab, entwickelte aber trotzdem eine außerordentlich umfangreiche Materialsammlungs- und Verhandlungstätigkeit aufgrund der Auskunftspflicht-Verordnung. Die ständigen Untersuchungen und Beanstandungen von Maßnahmen wurden von den Verbänden lästiger empfunden, als gelegentliche Prozesse vor dem Kartellgericht." 19)

"Die nationalsozialistische Wirtschaftspolitik begegnete den Kartellen ohne grundsätzliche Einstellung. Sie wußte es in der Praxis einfach nicht, wie sie sich zu den Kartellen verhalten sollte. Deshalb fanden die Sachverständigen der Reichsgruppe Industrie einen weiten Raum für eigene Betätigung. Schlug die neutrale Haltung zunächst zugunsten der Kartelle aus, so lagen die Ursachen seinerseits in der Notwendigkeit von Kartellen infolge der verheerenden Krise der Jahre 1929 bis 1932 und in dem natürlichen Bedürfnis, an den Lasten dieser Entwicklungen auch Außenseiter teilnehmen zu lassen.

Aus dieser Grundeinstellung ergaben sich zwangsläufig die beiden gesetzlichen Eingriffe, mit denen damals die Kartellpolitik eingeleitet wurde;

---

19) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II, Berlin 1954. S. 86 u. 89.

einmal das Gesetz über Errichtung von Zwangskartellen vom 15. Juli 1933 (RGBL. Nr. 82 S. 488/89), das Zwangszusammenschlüsse und Zwangsanschlüsse von Außenseitern ermöglichte und gleichzeitig das Gesetz über Änderung der Kartellverordnung vom 15. Juli 1933 (RGBL. Nr. 82 S. 487), das dem Reichswirtschaftsminister das Recht gab, Kartellverträge und Beschlüsse für nichtig zu erklären oder eine bestimmte Art der Durchführung zu untersagen." 20)

Im Zuge des planwirtschaftlichen Auf- und Ausbaues der deutschen Wirtschaft unter der Herrschaft des Nationalsozialismus wurden die Kartelle zur willkommenen Einrichtung der planwirtschaftlichen Organisation. Von der gesetzlichen Möglichkeit von Zwangszusammenschlüssen und Zwangsanschlüssen wurde von seiten des Reichswirtschaftsministeriums daher besonders Gebrauch gemacht. Damit erfuhr aber der Charakter des Kartells als f r e i w i l l i g e r Zusammenschluß von Unternehmungen eine Umdeutung, ebenso wie auch die liberale Wirtschaftsverfassung in der Weltwirtschaftskrise versank und durch die vom Staate gelenkte und organisatorische durchgeplante Wirtschaftsordnung abgelöst wurde. Aus den Kartellen mit dem Wesensmerkmal des freiwilligen Zusammenschlusses wurden Zwangseinrichtungen als Instrumente der staatlichen Wirtschaftspolitik.

Nach 1945 begann grundsätzlich eine andere Periode der Kartellgesetzgebung. Die Besatzungsmächte hatten sich zum Ziel gesetzt, den Organisationsapparat der deutschen Wirtschaft zu zerschlagen. Sie wollten daher die großen marktbeherrschenden Unternehmungen entflechten. So kam am 12. Februar 1947 das Alliierte Gesetz Nr. 56/78 zur Beseitigung übermäßiger Konzentration der deutschen Wirtschaftskraft heraus. Hiervon wurden auch die Kartelle betroffen, die nunmehr dem Verbot unterlagen. Die Anordnungen waren jedoch in den einzelnen Zonen verschieden.

Im Laufe der nachfolgenden Zeit ergab sich eine gewisse Auflockerung. 1952 wurden vertragliche Bindungen der Wiederverkaufspreise bei Markenartikeln als Höchstpreise erlaubt. Mit dem Übergang der Souveränität auf die Bundesregierung wurde dann die Organisation der westdeutschen Wirtschaft wieder der deutschen Verantwortung übereignet. Schon während der ersten Legislaturperiode des deutschen Bundestages von 1949 bis 1953 arbeitete das Bundeswirtschaftsministerium den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus, das die alliierten Gesetze ersetzen sollte. Es lag zunächst die Vorstellung zugrunde, den politischen Begriff der Demokratie auf die Wirtschaft zu übertragen und wirtschaftliche Macht-

---

20) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II, Berlin 1954. S. 102.

gebilde zu vermeiden. Das Gesetz sollte das wirtschaftliche Gegenstück zur politischen Demokratie und eine Magna Charta der Wirtschaftsfreiheit werden. Dieser Entwurf stand nun schon seit einigen Jahren mit laufenden Änderungen im Brennpunkt wissenschaftlicher und wirtschaftspolitischer Auseinandersetzungen. Er soll auch Gegenstand unserer nachfolgenden Untersuchungen sein.

## § 3 Die Erscheinungsformen der Kartelle

Voraussetzung für die Behandlung des Kartellproblems in der Gegenwart ist es, sich mit den Erscheinungsformen auseinanderzusetzen. Die Wissenschaftler, die sich im Laufe der letzten Jahrzehnte mit dem Kartellproblem befaßt haben, versuchten, eine Systematik der Erscheinungsformen der Kartelle nach bestimmten Ordnungsgesichtspunkten aufzustellen. Auf diesem Gebiet verdanken wir LIEFMANN die wohl weitgehendsten Untersuchungen. Da das Kartellwesen im Laufe seiner Entwicklung einer sehr starken Dynamik ausgesetzt war, müssen wir auch auf die Quellen von Wissenschaftlern eingehen, die sich zu einer späteren Zeit als LIEFMANN mit diesem Problem auseinandergesetzt haben und Beiträge zur Systematisierung der Kartelle zugesteuert haben. 21) Wir sind uns jedoch darüber im klaren, daß, wie jede andere Systematisierung auf wirtschaftlichem und gesellschaftlichen Gebiet, auch die Gliederung der Kartelle nach den Erscheinungsformen die Realität nicht im vollen Umfange treffen kann und somit lediglich als wichtiger Behelf zur Analyse dieses Problemkreises anzusehen ist. In der Praxis ist es oft so, daß die reinen Formen, wie sie in der Systematik nach Ordnungskategorien dargestellt werden, durch Verflechtungen und Überschneidungen organisatorischer und sachlicher Art nicht gegeben sind. Nachdem wir diese Erkenntnis vorangestellt haben, soll nachfolgend der Versuch einer Systematisierung der Erscheinungsformen der Kartelle vorgenommen werden:

a) Kartelle höherer Ordnung:

Nach LIEFMANN "bezwecken sämtliche Kartellformen höherer Ordnung eine Verteilung, sei es des Gesamtangebotes, der Gesamtnachfrage oder des Gesamtgewinns". Diese Verteilung muß erfolgen aufgrund von Verhältniszahlen, nach welchen die einzelnen Unternehmer an Angebot, Nachfrage oder Gewinn teilnehmen. Die Feststellung der Beteiligungsquoten ist also die Grundlage jeder Kontingentierung. Sie geschieht in der Weise, daß

---

21) vgl. LEHNICH, Oswald: "Das Kartellgesetz". Berlin 1924.
vgl. FLECHTHEIM: "Die rechtliche Organisation der Kartelle". Berlin 1923.

entweder die Leistungsfähigkeit jedes Werkes oder sein Absatz im Durchschnitt einer bestimmten Zeit ermittelt und der Verteilung zugrunde gelegt wird." 22)

Gehen wir von der Organisationsform aus, so ergeben sich zwei Möglichkeiten:

1) Kartelle mit Kontingentierung und Zentralisation.
2) Kartelle mit Kontingentierung ohne Zentralisation.

1) Kartelle mit Kontingentierung und Zentralisation:

Hierunter verstehen wir Kartellorganisationen, bei denen die Auftragsentgegennahme, die Aufteilung der Aufträge auf die angeschlossenen Unternehmungen, mitunter auch die Gewinnverteilung usw. von einer zentralen Stelle aus gesteuert wird. Die zentrale Stelle oder auch Verkaufsorganisation bezeichnen wir mit Syndikat. Ein solches hat zumeist die Unternehmungsform einer Kapitalgesellschaft, deren Gesellschafter die Kartellmitglieder sind. Die Kapitalanteile des Syndikats werden auf die angeschlossenen Unternehmungen nach einem bestimmten Schlüssel aufgeteilt, wonach sich das für die Kartellpolitik so wichtige Stimmrecht ergibt. Im Hinblick auf die angedeuteten Funktionen ist das Syndikat als Dachorganisation anzusehen. Bei dieser intensivsten Form des Kartellzusammenschlusses geht der unmittelbare Kontakt der angeschlossenen Unternehmungen mit den Kunden verloren, weil die Kartellmitglieder dazu angehalten sind, den Verkauf bei der Angebotskontingentierung oder den Einkauf bei der Nachfragekontingentierung über das Syndikat zu tätigen. Es kommt auf die jeweilige Marktsituation an, ob das Syndikat nur Verkaufsstelle ist, d.h., lediglich von den angeschlossenen Unternehmungen hergestellte Produkte verkauft oder ob die Verkaufsorganisation auch mit Kontingentierungen entscheidend in die Produktionssphäre eingreift. Das erstere wäre der Fall, wenn bei einer bestimmten Preisfestsetzung die gesamte Produktion zu den gewünschten Preisen absetzbar wäre. Es ist aber zu bedenken, daß die Kartellgründung zumeist aus einer gewissen Notlage erfolgt ist, was in diesen Fällen für die Wahrscheinlichkeit spricht, daß vom Syndikat her mit Quotierungen auch der Einfluß auf den Produktionsumfang der angeschlossenen Unternehmungen ausgeübt wird. Wesentliche Aufgabe des Syndikats ist es, zunächst eine gemeinsame Preispolitik zu betreiben. Insofern ist das Syndikat Preiskartell. Meist werden die gemeinsamen Verkaufspreise der Syndikatsmitglieder im Rahmen der vertraglichen Abmachungen festgelegt. In diesem Zusammenhang stellt FRICKE weiter fest, daß das Syndikat zugleich aber auch als Konditionskartell anzusehen ist,

---

22) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S. 91.

da die angeschlossenen Produzenten mangels Berührung mit ihren Abnehmern nicht imstande sind, Sondervereinbarungen über Zahlungs- und Kreditbedingungen zu treffen. 23)

Sofern sich Quotierungen auf die Produktionssphäre der angeschlossenen Mitglieder auswirken, ist das Syndikat schließlich auch ein Kontingentierungskartell. Je nach Marktlage kann die Quotierung des Absatzes einen weitgehenden Eingriff in die Unternehmerrechte bedeuten. In der festgefügten Organisationsform der Syndikate ergeben sich im Hinblick auf die Angebotskontingentierung gewisse Vorteile gegenüber denjenigen in nicht zentralisierten Organisationsformen, auf die anschließend eingegangen werden soll. Die festen Organisationsformen ermöglichen, daß die Kontingentierungen auf längere Dauer festgelegt werden, so daß sie nicht nur zur Beseitigung einer augenblicklichen Überproduktion dienen, sondern zu Zeiten günstiger Marktverhältnisse den angeschlossenen Unternehmungen die Maßstäbe für eine Vergrößerung der Produktionskapazität liefern. Wie weit die Preispolitik des Syndikats gehen kann, hängt von der Stellung des Kartells am Markt und der Elastizität der Nachfrage ab.

Die Syndikate brauchen aber nicht nur Verkaufsorganisation zu sein, sie können sich darüber hinaus auch in den Einkauf einschalten oder allein mit dieser Zwecksetzung errichtet werden. Im Hinblick auf die Nachfragekontingentierung geht es dabei um die Zahlung eines maximalen Preises beim Einkauf und dem gemeinsamen Bezug der benötigten Güter, eventuell aber auch um die Aufnahme bzw. Teilaufnahme benötigter Roh- und Hilfsstoffe in eigener Produktion innerhalb der Organisationsform. Handelt es sich dabei um den Anschluß von Lieferfirmen oder die Errichtung vorgelagerter Produktionsstufen in eigener Regie, so wächst die Kartellorganisation zugleich auch in eine Konzernorganisation.

2) Kartelle mit Kontingentierung ohne Zentralisation:

Während wir in vorstehendem Abschnitt das Kontingentierungssystem innerhalb der Kartellorganisation von einer zentralen Leitung aus betrachtet haben, handelt es sich hier um eine sogenannte "überwachte Kontingentierung". Nicht die zentrale Stelle nimmt Aufträge entgegen und teilt sie auf die Kartellmitglieder auf, sondern die an der Kartellorganisation zusammengeschlossenen Mitglieder werden hier lediglich verpflichtet, die vertraglich eingegangenen Kontingente einzuhalten. Die Unterlassung wird hier zur vornehmsten Pflicht des Kartellmitglieds. Die Produzenten stehen also nach wie vor in unmittelbarem Kontakt mit ihren Kunden. Die

---

23) vgl. FRICKE, Rolf: "Wirtschaftskunde - eine Grundlegung zur Morphologie der Wirtschaft". Stuttgart 1953. S. 113.

Organisation der Überwachung der Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen richtet sich in ihrer Intensität nach dem Umfang der vertraglichen Vereinbarungen. Die Träger sind hier zumeist die Fachverbände oder deren Untergliederungen.

Für die Kartelle mit Kontingentierung und ohne Zentralisation ist typisch, daß sie im allgemeinen nur in wirtschaftlichen Notzeiten der entsprechenden Branchen zustandekommen. Man wählt diese Organisationsform, um durch eine gemeinsame Kontingentierungspolitik die Notlage zu steuern, scheut aber davor zurück, eine stärkere Bindung in Form des Syndikats einzugehen. Ein typisches Beispiel hierfür bildet das vom Bundesminister genehmigte Krisenkartell innerhalb der Seifenindustrie.

Es liegt nahe, daß sich diese Kartellform auf die Dauer nicht hält oder im Laufe der Entwicklung in eine stärkere Bindungsintensität hineinwächst. Wenn es sich um eine festgefügte Kartellorganisation handelt, kann auch vereinbart werden, daß Unter- oder Überbelieferung der Kartellmitglieder durch Ausgleichszahlung der Unterlieferer oder Überlieferer kompensiert werden. 24)

Die Erfahrungen aus der Kartellentwicklung in Deutschland haben aber gezeigt, daß diese Organisationsform nur für Krisenzeiten bestimmt war. Bei einer Besserung der Wirtschaftslage ist vielfach ein solches Kartell wieder auseinandergesprengt worden, weil sich Kartellmitglieder später nicht mehr an die getroffenen Vereinbarungen gehalten haben. In gewissen Wirtschaftsbereichen, vor allem in den Grundstoffindustrien, führte die Syndikatsbildung über die lockere Form der verbandseitigen Kontingentierung.

Wir stellen abschließend fest, daß die Kartelle mit Kontingentierung und ohne Zentralisation in the long run gesehen, entweder die Tendenz haben, nach Erfüllung der Aufgaben während einer wirtschaftlichen Notlage in sich zusammenzufallen oder in Syndikaten zu führen.

Bei der Nachfragekontingentierung wird diese Organisationsform gerne bevorzugt, weil sie den Mitgliedern je nach den vertraglichen Abmachungen noch gewisse Möglichkeiten gibt, eigenständig zu disponieren. Dies gilt auch im Hinblick auf die Ausschaltung von Lieferanten.

---

24) vgl. FRICKE, Rolf: "Wirtschaftskunde - Eine Grundlegung zur Morphologie der Wirtschaft". Stuttgart 1953. S. 113.

Schließlich findet diese Organisationsform bei Submissionskartellen Anwendung. Eine Submission, die eine Aufforderung an alle Produzenten zur Einreichung von Offerten darstellt, ist schon ihrem Wesen nach von jeher die Veranlassung von heftigsten Konkurrenzkämpfen gewesen. Es lag daher nahe, daß sich die an Offerten interessierten Unternehmen in einem Verband von mehr oder weniger langer Dauer zusammenschlossen, um das gegenseitige Unterbieten bei Submissionen zu verhindern. Diesen Weg haben vor allem die Unternehmen dann gesucht, wenn der ausschreibende Auftraggeber eine starke wirtschaftliche Position inne hat (z.B. öffentliche Hand). Nach LIEFMANN kann die Einigung der in Kartellverbänden zusammengeschlossenen Unternehmungen auf zweifache Art erfolgen:

"1) Entweder vereinbaren die Unternehmer, bei Submissionen gemeinsam ihre Offerten einzureichen und, wenn sie den Auftrag erhalten, ihn nach einem bestimmten Verhältnis unter sich zu verteilen. Hierbei wird also jeder Auftrag unter alle Kontrahenten verteilt.

2) Die Unternehmer können aber auch bei jeder Submission festsetzen, wer die Ausführung unternehmen soll; sie veranlassen dann, daß dieses Werk das niedrigste Gebot machen soll, so daß die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß es die Ausführung erhält. Die übrigen Werke bieten nur zum Schein mit höheren Preisen mit. Hierbei wird also jeder Auftrag nur einem bestimmten Kontrahenten zugeteilt. Eine Preisvereinbarung über die Höhe des jeweiligen Angebots ist stets mit der Submissionskontingentierung verbunden." 25)

Natürlich kommt es auch vor, daß Submissionskartelle ohne Zusammenschluß in einem Verband entstehen; wenn sich Unternehmer (z.B. Bauhandwerker) in privaten Abmachungen über die Aufteilung der Aufträge bei mehreren Ausschreibungen einig werden. Solche Vereinbarungen privater Natur können ohne weiteres erfolgreich sein, wenn ein entsprechendes Vertrauensverhältnis vorhanden und die Zahl der Offerten abgebenden Unternehmer zahlenmäßig und räumlich relativ abgegrenzt ist.

b) Kartelle niederer Ordnung:

Die Kartelle niederer Ordnung sind Unternehmerzusammenschlüsse oder private Abmachungen zwischen Unternehmen, die sich auf eine gemeinsame Preis- und Monopolisierungspolitik, auf gemeinsame Zahlungs- und Konditionsbedingungen und auf gemeinsame Qualitäts- und Normungsvereinbarun-

---

25) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S. 92.

gen etc. einigen. Ihr typisches Merkmal ist, daß es sich hierbei um Übereinkünfte handelt, bei denen weit stärker als bei den Kartellen höherer Ordnung die moralische Bindung um die Einhaltung eingegangener Verpflichtungen gegeben sind. Während beim Syndikat, insbesondere aber auch bei den überwachenden Verbänden der Kontingentierungskartelle ohne Zentralisation des Absatzes oder des Einkaufes meist in den Verträgen Bestimmungen über Kündigung und Konventionalstrafen bei Verstößen gegen den Kartellvertrag enthalten sind, beruhen die Kartelle niederer Ordnung oft nur auf der moralischen Verpflichtung, eine gemeinsame beschlossene Verhaltungsweise einzuhalten.

1) Das Preiskartell:

Von allen Kartellen sind diejenigen der Preisregulierung die wirkungsvollsten. Denn eine Einwirkung auf die Preise, von denen die Höhe des Gewinns abhängig ist, liegt nahe, wenn es sich darum handelt, durch Verbände oder auch im Rahmen privater Abmachungen wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. 26) Bei derartigen Vereinbarungen ist der Eingriff in die wirtschaftliche Tätigkeit der einzelnen Unternehmer relativ gering. Es dürfte wohl kaum angezweifelt werden, daß die Unternehmer sich lieber auf eine gemeinsame Mindestpreispolitik einigen, als z.B. auf eine Kontingentierung einzugehen. Dabei ergeben sich oft im Rahmen der Preiskartelle auch Möglichkeiten über eine Einigung in den Fragen der Konditionen. Wir haben bei der Darstellung der Kartelle höherer Ordnung bereits festgestellt, daß bei diesen bereits das Element der gemeinsamen Preisbildung gegeben ist. Dabei ist jedoch typisch, daß die Intensität der eingegangenen Bindungen viel weiter reicht als beim einfachen Preiskartell.

Zur Frage der volkswirtschaftlichen Berechtigung von Preiskartellen ist im Laufe der Diskussion zum Kartellproblem ein heftiger Streit entbrannt. Während viele Wissenschaftler auf dem Standpunkt stehen, daß der Preis so hoch sein muß, daß auch das schlechteste Unternehmen noch seine Kosten erhält, vertreten andere den Standpunkt, daß dies innerhalb des Preiskartells nicht der Fall sein muß. METZNER ist z.B. der Auffassung, daß die Preisstellung im sachverständig geleiteten Kartell immer darauf bedacht ist, die Kosten der teuersten Werke allmählich dem Durchschnittspreis anzupassen. Gelingt dies nicht, so erfolgt in der Regel Aufkauf und Stillegung. 27)

---

26) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S. 87.

27) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 96.

Während auf der einen Seite Weiter die Auffassung vertreten wird, die Preise müßten schon deshalb demjenigen des Grenzproduzenten angepaßt werden, weil dieser nur dann Interesse zum Eintritt in das Kartell hat, kann andererseits entgegengehalten werden, daß man innerhalb eines Kartells auf Betriebe mit hohen Grenzkosten keinen Wert legt oder durch Zahlung vorübergehender Ausgleichsbeträge um eine Senkung der Grenzkosten bemüht bleibt. Die Abmachungen innerhalb eines Preiskartells erstrecken sich in aller Regel zunächst auf die Mindestpreise.

Bei Besserung der Wirtschaftslage innerhalb der Branche der Kartellmitglieder kann das Kartell selbstverständlich dazu übergehen, auch die Preise zu erhöhen. EUCKEN ist allerdings der Meinung, daß die einfachen Preiskartelle die Eigenschaft hätten, rasch zu verfallen oder sich in andere Kartellformen umzuwandeln. Dieser Auffassung kann man zustimmen, weil das Preiskartell seiner Natur nach zum Zeitpunkt seiner Gründung aus einer gewissen Abwehrstellung entstanden ist und nach Erfüllung seiner Aufgaben entweder in sich zusammenfällt oder in eine aggressive Politik übergeht mit der mehr oder weniger starken Zielsetzung zur Monopolisierung, die dann aber eine straffe Organisationsform erfordert.

2) Das Gebietskartell:

Bei dem Gebietskartell handelt es sich um Absprachen, die sich auf den räumlichen Tätigkeitsbereich der Vertragspartner beziehen. Das gesamte Absatzgebiet wird dabei in Zonen unter die Vertragspartner neu aufgeteilt. Wenn es sich um eine umfassende Kartellorganisation innerhalb der Branche handelt, wird damit zweifellos eine Monopoltendenz auf den entsprechenden Teilräumen erreicht. Nach LIEFMANN existieren die Gebietskartelle selten in der Vollkommenheit, daß jeder Unternehmer ein bestimmtes Gebiet oder bestimmte Kunden zu bedienen hätte. 28) Die im Gebietskartell angestrebte Monopolisierung auf Teilräumen, ist aber nur dann mit gewissem Erfolg möglich, wenn die Frage des Aufkommens von Außenseitern entweder durch hohen Kapitalaufwand nicht akut ist oder wenn der Markt durch Lizenzen und Patente für begrenzte Zeit gesperrt ist. Allerdings muß hierzu die gesamte Branche innerhalb des Kartellverbandes zusammengeschlossen sein. Ein Gebietskartell wäre z.B. in der Mineralölwirtschaft denkbar.

3) Die Kalkulationskartelle:

Die Entstehung der Kalkulationskartelle ist eng mit der Tätigkeit der Fachverbände verbunden. "Verhältnismäßig oft kam es vor, daß wirtschaft-

---

28) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S. 157.

liche Verbände ihren Mitgliedern die Aufgabe erleichtern und gleichzeitig zu einer Vereinfachung der Kalkulation beitrugen, indem sie ein der Branche angebrachtes Kalkulationsschema entwarfen, das nach Hauptkostenarten gegliedert war. Dieses Schema wurde seitens der Verbände entweder den Mitgliedern empfohlen oder die Mitglieder verpflichteten sich, es freiwillig anzuwenden." 29) Dies ist der Übergang zum Kalkulationskartell. Wenn gewisse Kostenelemente im Hinblick auf die absolute oder relative Höhe fixiert werden und einer Vereinbarung unterliegen, kann man von einer Kartellierung sprechen.

Eine derartige Handhabung war früher verschiedentlich bei den Innungen des Handwerks zu beobachten. Da viele Handwerksbetriebe sich mit der einfachen Buchführung begnügten und die Handwerker auch oftmals keine umfassende Vorstellung über eine ordnungsgemäße Kalkulation hatten, sprangen hier die Innungsverbände helfend ein. Sie gaben ihren Mitgliedern aber nicht nur ein einheitliches Kalkulationsschema in die Hand, sondern empfahlen den Handwerkern aufgrund reichhaltigen Erfahrungsmaterials auch gewisse Zuschlagsquoten für bestimmte Unkostengruppen, sowie den kalkulatorischen Gewinnzuschlag. Die Kalkulationskartelle bewirkten eine gewisse Nivellierung der Angebote und sollen dazu beitragen, daß ein ruinöser Preiswettkampf vermieden wird.

4) Die Konditionskartelle:

Konditionen sind einseitige Festsetzungen oder vertragliche Abmachungen über Rabatt, Skonto oder Kreditgewährung. "Da Preiskartelle leicht durch stillschweigende Sondervereinbarungen zwischen Käufer und Verkäufer in Bezug auf Rabatt, Zins und Zahlungsziel umgangen werden können, vermögen diese Nebenbedingungen ebenfalls Gegenstand eines Kartellvertrages zu sein." 30) Innerhalb der Preiskartelle werden deshalb auch vielfach Nebenbestimmungen über einheitliche Konditionsgewährung mit aufgenommen.

Häufig hatten sich aber auch die Wirtschaftsverbände zum Ziel gesetzt, für ihre angeschlossenen Unternehmungen Konditionsvereinbarungen zu treffen, ohne daß gleichzeitig die Bildung eines Preiskartells beabsichtigt war. Das erfolgte in der Weise, daß die Verbände entweder einseitig für ihre Mitgliedsfirma bindende Festlegungen über Zahlungsziele und Skonto trafen, oder daß zwischen den Verbänden, deren Mitglieder im Wettbewerbskampf

---

29) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 81.

30) vgl. FRICKE, Rolf: "Wirtschaftskunde - Eine Grundlegung zur Morphologie der Wirtschaft". Stuttgart 1953. S. 113.

Kontrahenten sind, solche Abmachungen vereinbart wurden. Letzteres ist beispielsweise denkbar zwischen Textilindustrie und Textileinzelhandel. Zwischen den beiden genannten Verbänden bestehen in der Bundesrepublik zufällig solche Vereinbarungen. Hier erschöpft sich der Kartellzweck also lediglich in der Festlegung der Konditionen. Selbst von den Gegnern des Kartellwesens werden die reinen Konditionskartelle als begrüßenswerte Einrichtungen innerhalb des Wettbewerbskampfes anerkannt, weil damit ein wichtiger, den wirtschaftlichen Wettbewerb keineswegs beeinträchtigender Ordnungsfaktor geschaffen wird.

Zur Vervollständigung unserer Darlegungen bedarf noch der Erwähnung, daß auch in den Konditionsvereinbarungen Nebenbestimmungen enthalten sein können. So findet man zuweilen Regelungen über die Belastung der Verpackungskosten und deren Anrechnungen bei Rücksendung. Auch das Problem der Valutierung von Rechnungen kann durch besondere Bestimmungen geregelt werden. Bei günstiger Konjunktur gaben die Wirtschaftsverbände u.U. Empfehlungen, säumige Zahler von der Belieferung ganz auszuschließen oder die bestellten Waren nur gegen Vorauskasse oder Nachnahme zuzusenden.

c) Die Rationalisierungskartelle als Sonderform:

Die oroginäre Zwecksetzung des Rationalisierungskartells bezieht sich auf die Produktionssphäre. Unternehmungen schließen sich freiwillig zusammen, um durch Normung, Typung und Spezialisierung innerhalb der Fertigung eine Kostenverbilligung anzustreben. Bei der Normung beschließen die Unternehmungen innerhalb des Rationalisierungskartells, ihren Produkten gewisse, vorher festgelegte Dimensionen zu geben. Dabei kann die Normung soweit gehen, daß die Abmessungen oder Gewichte auch bei den in den Vorstufen zusammengeschlossenen Unternehmungen wirksam werden. Bei der Typung handelt es sich entweder darum, daß die im Rationalisierungskartell zusammengeschlossenen Unternehmungen sich in der Produktion auf eine Beschränkung der Typen festlegen oder auf bestimmte Typen spezialisieren. Die vorgenannten Möglichkeiten zielen sämtlich auf eine höhere Rationalität der Fertigung.

Oft wird aber die Rationalisierung in die Organisation des Absatzes weitergetragen; denn bekanntlich ist die Sphäre des Absatzes in vielen Bereichen der Wirtschaft noch eine erhebliche Rationalisierungsquelle. So lag es nah, daß die Zwecksetzung im Laufe der Entwicklung der Rationalisierungskartelle auch auf die Beeinflussung des Marktes in Form einer Vereinheitlichung der Absatzorganisation ausgedehnt wurde. Eine gemeinsame Absatzorganisation kann auch eine gemeinsame Preispolitik betreiben. Auch gebietliche Abmachungen oder fachliche Abgrenzungen in der Absatzorganisation sind denkbar. So kann beim Rationalisierungskartell, das ursprünglich die Kostenverbilligung der Produktion zum Zweck gesetzt hatte, die Tendenz zum Pfründenkartell entstehen.

## § 4 Grundsätliche Betrachtungen über das Problem der Kartellfähigkeit

Die Behandlung des Problems der Kartellfähigkeit der verschiedenen Bereiche innerhalb der Wirtschaft ist für die nachstehende Untersuchung von außerordentlicher Bedeutung. Wir verstehen darunter, die Fähigkeit von Unternehmungen des gleichen Wirtschaftszweiges sich zu mehr oder weniger lang dauernden und wirksam operierenden Kartellorganisationen zusammenzuschließen. Die Kartellfähigkeit hängt von verschiedenen Merkmalen ab. Dabei scheinen uns die nachfolgenden Symptome von besonderer Wichtigkeit.

1) Die Anpassungsfähigkeit der Unternehmungen an verschiedene Marktlagen.
2) Die unterschiedliche Kapitalstruktur der Unternehmungen verschiedener Wirtschaftszweige.
3) Die Sortimentsgestaltung und Sortimentsbreite der von den Unternehmungen hergestellten Güter.
4) Die Substituierbarkeit der Erzeugnisse.
5) Die Zahl der Unternehmungen verschiedener Branchen auf den Gesamtmärkten oder relativ abgegrenzten Teilmärkten.
6) Die geistige Einstellung der Unternehmer der verschiedenen Branchen zur Kartellierung.

Es ist eine alte Erfahrung, daß die Kartellierung in der Produktionssphäre weit häufiger aufgetreten ist als in der Verteilungssphäre. Dies hängt damit zusammen, daß in der Industrie im Vergleich zum Handel im allgemeinen das fixe Kapital eine dominierende Rolle spielt. Der vergleichsweise größere Anteil am fixen Kapital aber hemmt in gewisser Beziehung die Anpassungsfähigkeit an verschiedene Marktlagen.

Natürlich gibt es innerhalb der Industrie in Abweichung der eben getroffenen Feststellung ganz erhebliche Unterschiede. Generell läßt sich die Feststellung treffen, daß der Anteil des stehenden Kapitals um so größer und damit die Anpassungsfähigkeit an wechselnde Marktlagen um so geringer ist, je weiter sich die Industriezweige von der Konsumsphäre befinden. Dies gilt also dann besonders für die Grundstoff- und Investitionsgüterindustrien. Hier ist demzufolge auch die Kartellfähigkeit am größten. Einmal, weil es sich bei dem Verkauf der Ware zumeist um Massenprodukte wie Steinkohlen, Grundchemikalien, Kali, Stickstoff, Braunkohle, Treibstoffe, Mineralöle usw. handelt, und zum anderen, weil bei den Produkten der Produktionsmittelindustrien eine verhältnismäßig geringere

Sortimentsbreite gegeben ist als in den Konsumgüterindustrien. In letzterer ist die Lage im Hinblick auf die Kartellfähigkeit unterschiedlich zu beurteilen. Vor allem ist in einer Reihe von Zweigen der Konsumgüterindustrie die Kartellfähigkeit deshalb gering anzusehen, weil "die charakteristische Marktsituation hier der monopolintensive Wettbewerb ist; das ist kein Preiswettbewerb bei unterschiedsloser Marktware, sondern ein Qualitätswettbewerb, bei dem die einzelnen Betriebe ein schnell vorübergehendes Qualitätsmonopol haben können." 31) Hieraus wäre abzuleiten, daß die Unternehmer von Konsumgüterindustrien eigentlich nur dann ein besonderes Interesse an der Kartellierung haben, wenn sich die entsprechende Branche in einer Krisenlage befindet.

Mit Einschränkung läßt sich daher allgemein sagen, daß, je größer der Abstand vom Konsumenten, um so größer auch die Kartellfähigkeit. Für unsere nachfolgende Ausführung ist es von besonderer Wichtigkeit, dem Problem der Kartellfähigkeit im Handel besondere Beachtung zu widmen.

Wir finden bereits bei LIEFMANN Ausführungen über die Kartellfähigkeit des Handels. Er vertritt die Auffassung, daß das Kartellieren im Handel "gemessen an der Industrie" nur untergeordnete Bedeutung einnimmt und begründet dies damit, daß

1) im Handel das umlaufende Kapital überwiegt und in der Industrie das stehende Kapital vorherrscht.

2) sich hieraus eine viel größere Beweglichkeit des Handels ergibt. 32)

LIEFMANN glaubt, daß die Anpassungsbeweglichkeit im Handel ein wesentliches Hindernis für die Kartellfähigkeit ist. Durch diesen Umstand sind Kartelle immer der Gefahr ausgesetzt, daß sich mehrere Händler verhältnismäßig rasch in dem Handelszweig, für den die Vereinbarung gilt, betätigen können, um den bestehenden Kartellpreis zu unterbieten und damit den Absatz an sich zu reißen. Wir haben darauf hingewiesen, daß eine derartige Anpassungsbeweglichkeit wegen des vergleichsweise viel höheren Anteils am stehenden Kapital und dem damit zusammenhängenden Übergewicht des Zeitmoments in der Industrie nicht gegeben ist.

Ein weiterer Unterschied zwischen Industrie und Handel darf nicht unbeachtet bleiben. Während bei der Industrie der Betrieb im Vordergrund

---

31) vgl. PÜTZ, Theodor: "Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung". Wien 1948. S. 226.

32) vgl. LIEFMANN, Robert: "Die Unternehmerverbände". Freiburg 1897. S. 62 ff.

steht, ist es im Handel die Persönlichkeit des Unternehmers. Letzteres gilt insbesondere für den Einzelhandel und erklärt sich aus dem direkten Kontakt zu den Konsumenten. Der Pflege des Kontaktes können sich selbst die modernen Vertriebsformen, wie Warenhäuser, Massenfilialgeschäfte etc., nicht ganz entziehen, obwohl hier ein gewisses Äquivalent in Form günstiger Preise gegeben wird, für die der Konsument den Anspruch auf individuelle Bedienung zuweilen preisgibt. Will man nun den Handel, und hier speziell den Einzelhandel in der gesamten Breite seiner Erscheinungsformen quantitativ und qualitativ betrachten, so werden wir feststellen, daß unsere bisher gewonnenen Erkenntnisse noch zu allgemein sind. Es wird wohl unbestritten sein, daß die örtliche Begrenzung der Märkte, die Unübersichtlichkeit der Konsumenten und schließlich deren vielfach vorhandenes mangelndes Preisempfinden die Bildung unvollkommener Märkte entscheidend begünstigen. Hinzu kommt die in jeder modernen Volkswirtschaft sich steigernde psychologische Beeinflussung der Konsumenten durch die Werbung. Daß all diese Faktoren bei vielen Händlern den Wunsch nach sich ziehen, die Konkurrenz auszuschalten, versteht sich von selbst. Nicht von ungefähr findet daher die Preisbindung zweiter Hand für Markenartikel bei Teilen des Einzelhandels großen Anklang.

Bei einer kritischen Beleuchtung der Preisbindung zweiter Hand ergibt sich für den Einzelhändler folgende Problematik. Der Einzelhändler erhält den Vorteil, daß ihm eine angemessene Handelsspanne verbleibt und die Werbungskosten des Markenartikels für ihn weitgehend entfallen. Dafür wird er aber auf der anderen Seite auf das Niveau des "bloßen Verteilers" herabgedrückt. Auf eine Gruppe von Einzelhändlern mit unterschiedlichem Persönlichkeits- und Leistungsniveau bezogen bedeutet dies, daß eine Nivellierung nach unten die unvermeidliche Folge sein muß. Der weniger tüchtige Einzelhändler erhält die preisgebundene Ware zu denselben Bedingungen und mit denselben Werbeleistungen wie der tüchtige Leistungsunternehmer. Es wird deshalb auch nicht verwundern, daß die Preisbindung zweiter Hand im Kreuzfeuer der Meinungen steht, nämlich Befürwortung bei den leistungsschwachen und Ablehnung bei den leistungsstarken Einzelhändlern. Bei letzteren wird Beweglichkeit in der Preisbildung gefordert, wobei auf die These der Warenhäuser "Großer Umsatz - kleiner Nutzen" in diesem Zusammenhang besonders hinzuweisen ist. Wir sehen also gerade am Beispiel der Preisbindung zweiter Hand die Spaltung der Auffassungen in pro und contra, deren letzte Ursache in der Persönlichkeit des Einzelhändlers zu suchen ist. Neben dem Leistungsunternehmer bilden aber "auch andere Formen der wirtschaftlichen Konkurrenz mit einer anders gearteten Kosten- und Interessenlage wie Warenhäuser, Versandgeschäfte, Konsumgenossenschaften und der Direktverkauf der Erzeuger sowie die Konkurrenz der Massenfilialbetriebe ein wirksames Gegengewicht gegen das Überhandnehmen einseitig entarteter monopolistischer

Konkurrenz im Einzelhandel. Diese vielseitigen Angriffsmöglichkeiten der Konkurrenz bewahren die Volkswirtschaft davor, daß Fehlentwicklungen im Handel zu Dauererscheinungen werden, wobei die Existenz wirtschaftlicher Kümmerformen ernstlich bedroht wird." 33) Gerade das Vorhandensein der - wie RÖPER sagt - anderen Formen wirtschaftlicher Konkurrenz im Einzelhandel mit einer andersgearteten Kosten- und Interessenslage bilden einen wirksamen Gegenpol gegen eventuell vorhandene Bestrebungen anderer Teile des Einzelhandels, Preisabsprachen oder sonstige kartellartige Abmachungen zu treffen; sei es nun innerhalb der berufsständischen Organisationen oder "am Biertisch". Es liegen Beispiele vor, daß Filialgründungen von Warenhäusern in mittleren Städten der Bundesrepublik eine neue und einschneidende Wettbewerbslage geschaffen und zu teilweise erheblichen Reduktionen des ortsüblichen Preisniveaus geführt haben.

Sicher besteht auch im Einzelhandel die Möglichkeit, Preisabsprachen zu treffen und zwar sowohl innerhalb, mehr aber noch außerhalb der berufsständischen Interessenvertretung. Es sei hier vor allem auf die örtlich bedingten Marktformen oligo - oder dyopolistischer Struktur auf der Angebotsseite verwiesen. Aber gegen mündliche Preisabsprachen zwischen zwei oder drei Einzelhändlern, von denen das gesamte örtliche Angebot ausgeht, wird auch der jetzige Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen keine wirksame Handhabe bieten. Wir sehen darin aber keine grundsätzliche Gefahr für eine Wettbewerbswirtschaft, wenn

1) uneingeschränkte Errichtungs- und Niederlassungsfreiheit besteht,

2) die Verbraucherorganisation sich eine weitere Intensivierung der Arbeit in der Verbraucheraufklärung, insbesondere der Preisaufklärung, angelegen sein läßt.

Problematischer liegen die Verhältnisse bei solchen Einzelhandelszweigen, die durch ihre geringe Sortimentsbreite oder "ihrer Natur nach" nur von einem oder wenigen Lieferanten abhängen, wie z.B. der Kohlen-, Eisen-, Düngemittelhandel u.a., und wo von seiten der Produzenten Vereinbarungen über die Verkaufspreise bestehen.

Nach dem neuen Kartellgesetzentwurf ist überdies bei den meisten dieser Handelszweige keine Auflockerung zu erwarten, weil die Lieferanten meist solchen Wirtschaftszweigen angehören, die ohnehin durch den Gesetzentwurf nicht betroffen werden.

---

33) RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952. S. 160.

Sehen wir von dem zuletzt behandelten Sonderfall ab, so kann zusammenfassend dargelegt werden, daß die Kartellfähigkeit des Handels gering ist. Die hohe Anpassungsbeweglichkeit, die vorhandenen vielfältigen Verteilungsformen und eine wirksame Aufklärungstätigkeit der Verbraucherverbände können Fehlentwicklungen selbst auch auf kurze Sicht entgegenwirken, wenn nicht sogar im Keime ersticken.

# KAPITEL II

## HAUPTINHALT DES GESETZENTWURFES GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG IM HINBLICK AUF DAS KARTELLPROBLEM

### § 5 Zur Entwicklung des Gesetzentwurfes

Mit der bedingungslosen Kapitulation am 8. Mai 1945 wurde die Regierungsgewalt zunächst von den alliierten Besatzungsmächten übernommen. Sie bestimmten auch über die Neugestaltung des politischen und wirtschaftlichen Lebens.

Das deutsche Wirtschaftsgebiet, das durch die nationalsozialistische Wirtschaftspolitik und Kriegführung auf der einen und infolge der Kriegszerstörungen auf der anderen Seite erheblich geschwächt und ausgelaugt war, wurde in vier Teile zerstückelt und jeder dieser Teile zunächst nach verschiedenen Gesichtspunkten durch die Besatzungsmächte kontrolliert.

Die Absichten der Alliierten zur Neugestaltung der deutschen Wirtschaft gründeten sich zunächst auf den Morgenthau-Plan und die Potsdamer Beschlüsse. Die Dekartellierung und Entflechtung der deutschen Wirtschaftsformen war ein wesentlicher Bestandteil der Neuordnungspläne der Alliierten. "Tonangebend für den alliierten Einfluß auf die westdeutsche Wirtschaftsordnung sind die Amerikaner geworden. Sie waren von Anbeginn ihrer Besetzung bemüht, eine Wettbewerbswirtschaft durchzusetzen, in der es weder Kartelle noch sonstige unternehmungsweise Zusammenschlußformen gibt, also nur isoliert gegeneinander konkurrierender, sich am Preis orientierender Unternehmer." 34)

Stärker noch als die wirtschaftlichen waren die politischen Motive, die die Alliierten zu einer derartigen Wirtschaftspolitik gegenüber Deutschland veranlaßte. Man sah in den Wirtschaftsformen der Kartelle, Konzerne und Interessengemeinschaften die Exponenten der deutschen Rüstungsmaschinerie, die es zu zerschlagen galt. Zweifellos hat für diese Haltung auch die Bedeutung dieser Zusammenschlußformen auf dem Weltmarkt eine Rolle gespielt. Die deutsche Wirtschaft war zwischen beiden Weltkriegen für eine Reihe alliierter Staaten ein unbequemer Konkurrent auf dem Weltmarkt gewesen.

---

34) vgl. KLUG: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 12.

Die amerikanische und britische Militärregierung verkündeten mit im wesentlichen gleichlautenden Gesetzen vom 12. Februar 1947 generelle Vorschriften zur Beseitigung einer übermäßigen Konzentration der deutschen Wirtschaft. Die französische Militärregierung schloß sich wenig später mit der Anordnung Nr. 96 größtenteils dieser Regelung an.

Durch die genannten Gesetze wurden Kartelle, Syndikate und ähnliche Zusammenschlüsse grundsätzlich für ungültig erklärt, Deutschen die Teilnahme an internationalen Kartellen verboten, Großunternehmen, Konzerne und Trusts einer genauen Überprüfung mit dem Ziel der Entflechtung unterworfen.

Das Verbot der Kartelle war zunächst ein Schlag in die Luft, da die Kartelle in einer Zeit zunehmender Inflation und wachsender Verknappung aller Güter als solche ohnehin keine Rolle spielen konnten. Erst nach der Neuordnung der deutschen Währung im Juni 1948 und insbesondere seit dem Frühjahr 1949 begann das Kartellproblem wieder akut zu werden. Nun standen der Neu- oder Wiedererrichtung von Kartellen offiziell die genannten Vorschriften entgegen. 35)

Darüber hinaus enthielten die Gesetze das Verbot jeglichen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Die Preisbindung zweiter Hand war ebenso unzulässig wie z.B. die Zuteilung von Kunden oder eine vertragliche Beschränkung des Absatzes oder der Produktion. Die Auslegungen erfolgten in "Briefen" (Willner), die in den einzelnen Besatzungszonen verschieden waren.

Über die rechtmäßige Befolgung dieses Gesetzes wachten die amerikanischen Besatzungsbehörden besonders scharf. Im Jahre 1952 kam es allerdings zu der ersten Durchbrechung der Bestimmungen, als die Preisbindungen zweiter Hand bei Markenartikeln unter gewissen Voraussetzungen und meist als Höchstpreise wieder erlaubt waren. Die deutschen Behörden begannen sich schon frühzeitig für das Kartellproblem zu interessieren. Man war sich bei den verantwortlichen staatlichen Institutionen darüber einig, daß die alliierten Gesetze mit der Wiedererlangung der deutschen Souveränität früher oder später durch deutsche Gesetze abgelöst werden würden. Über die Grundkonzeption eines Kartellgesetzes entstand freilich damals schon ein heftiger Meinungsstreit. Schon mit Beginn der ersten Legislaturperiode arbeitete das Bundeswirtschaftsministerium verschiedene Entwürfe für ein "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" aus. Die Entwürfe wurden in schwierigen und mühevollen Verhandlungen mit den

---

35) vgl. RASCH, Harald: "Kartelle und Kartellpolitik". Frankfurt (Main) bei der Industrie- und Handelskammer. S. 8.

Alliierten, den Ministerien, Kammern und den wirtschaftlichen Interessenverbänden diskutiert. Es dauerte bis zum Sommer 1952, ehe die Bundesregierung den endgültigen Entwurf einbrachte. Seit dieser Zeit ist ein heftiger Meinungsstreit über das Für und Wider des Entwurfes des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgebrochen. Von den interessierten Wirtschaftsorganisationen wurde eine Flut von Abänderungsvorschlägen unterbreitet. In diesem Kreuzfeuer der Auffassungen stand der Entwurf auch noch, als diese Gedanken schriftlich fixiert wurden, und noch keine Anzeichen deuteten daraufhin, daß dieses Gesetz in naher Zukunft zur Verabschiedung gelangen sollte.

## § 6 Die Zielsetzungen des Gesetzentwurfes

Mit dem Kartellverbot beabsichtigt der Gesetzgeber unter Bezugnahme auf die theoretische Konzeption der Freiburger Schule den Wettbewerb unter den Wirtschaftssubjekten zu fördern und zu überwachen. Dabei geht der Gesetzgeber von der Vorstellung aus, daß der Wettbewerb und insbesondere die vollständige Konkurrenz die geeignete Marktform ist, um einerseits die preisgünstigste Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten und andererseits die Leistung und den technischen Fortschritt zu fördern. In der Begründung des Gesetzentwurfes wird dabei besonders auf die Entwicklung der westdeutschen Wirtschaft seit der Währungsreform vom 20.6.1948 hingewiesen.

Der Gesetzgeber ist sich jedoch im klaren darüber, daß

1) die Herstellung des erstrebten Wettbewerbs nicht in allen Bereichen der Wirtschaft zu erreichen ist und hat daher die im § 9 besprochenen grundsätzlichen Ausnahmen zugelassen;

2) die Herstellung vollständiger Konkurrenz dort zu unterbinden ist, wo sie sich in einer gewissen konjunkturellen Situation in ruinöser Preiskonkurrenz niederschlägt und daher die Bildung von genehmigungspflichtigen Krisenkartellen auf begrenzte Zeit gestattet werden muß;

3) die vollständige Konkurrenz in gewissen Zweigen der Produktionswirtschaft nicht mit dem Rationalisierungsbedürfnis konform läuft und deshalb die genehmigungspflichtige Bildung von Rationalisierungskartellen zulässig ist;

4) schließlich die vollständige Konkurrenz im wirtschaftlichen Verkehr mit anderen Volkswirtschaften, in denen Kartelle zugelassen sind, sich für die eigene Volkswirtschaft ungünstig auswirken kann und daher die genehmigungspflichtige Bildung von Außenhandelskartellen zugelassen werden sollen.

Danach muß bei realer Betrachtung der Zielsetzung des Gesetzentwurfes kritisch eingewendet werden, daß ihr letzten Endes die umfassende Konsequenz fehlt. Ungleiche Startbedingungen innerhalb des wirtschaftlichen Wettbewerbs werden notwendigerweise zu einer weiteren Verschärfung der Ungleichheit führen. Danach könnte man die Zielsetzung der Verfasser des Gesetzentwurfes so bezeichnen, daß sie innerhalb des binnenwirtschaftlichen Marktgeschehens "soviel Wettbewerb als möglich" verwirklichen sollen. Die Tatsache, daß aber bereits weite Bereiche der westdeutschen Wirtschaft von einer Wettbewerbsregelung im Sinne einer automatischen Steuerung über den als Datum angegebenen Preis ausgenommen bleiben, deutet darauf hin, wie sehr sich die moderne Marktwirtschaft infolge der technischen Entwicklung und der dadurch bedingten Herausbildung von Organisationsformen im weitesten Sinne von der klassischen Vorstellung des Wettbewerbsautomatismus entfernt hat.

Die an dem Regierungsentwurf direkt und indirekt Beteiligten stehen, wie dies in der Begründung zum Gesetzentwurf zum Ausdruck kommt, auf dem Boden der Freiburger Schule. Es wird eine Marktwirtschaft angestrebt, nicht im Sinne einer sich selbst überlassenen Wirtschaft, sondern einer durch bewußte Ordnung des Wettbewerbs und durch marktkonforme Mittel des Staates gesteuerte Wirtschaft. Die staatliche Intervention in der Wirtschaft wird also keineswegs verleugnet, sondern im Gegenteil als notwendi angesehen; nur müssen die Maßnahmen mit der Marktwirtschaft vereinbart, d.h. marktkonform sein.

Die Freiburger Schule und deren Anhänger sahen als Alternative Marktwirtschaft und Zentralverwaltungswirtschaft. Dabei unterliegt die Marktwirtschaft dem Ordnungsprinzip der Regelung aller wirtschaftlichen Vorgänge über den Markt und die an diesem erzielten Preise. In der Zentralverwaltungswirtschaft dagegen werden die Handlungen der Wirtschaftssubjekte durch eine zentrale Instanz koordiniert und damit die wirtschaftliche Freiheit der Individuen im Interesse des Ablaufs nach einem Zentralplan notwendigerweise eingeschränkt. Der Vorstellung der Anhänger der Freiburger Schule für die Wahl der marktwirtschaftlichen Ordnung als die vorteilhafteste und ökonomischste sowie die Entscheidungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte am wenigsten beeinflussende Wirtschaftsordnung glauben sie aus den Erfahrungen der zurückliegenden Zeit der "staatlichen Experimente" gewonnen zu haben. Vor allem hat EUCKEN darauf hingewiesen, daß der staatliche Einfluß auf die Wirtschaft zahlreiche Fehlplanungen zur Folge gehabt habe, die insbesondere dann, wenn die marktwirtschaftlichen Regulatoren ausgeschaltet waren, keine Möglichkeit einer rationalen Kontrolle zuließen. Aus dieser Erkenntnis fordert er die Herstellung einer Marktwirtschaft, in der weitgehend Wettbewerb herrschen soll. Der Staat habe dabei innerhalb der Wirtschaft die Aufgabe, die Marktgesetze zu

respektieren. Es wird also dabei nicht verlangt, daß der Staat sich der wirtschaftlichen Aktivität enthalten solle, sondern er habe vielmehr seine Maßnahmen so zu wählen, daß sie mit dem Markt vereinbar sind. Darüber hinaus erhält der Staat eine neue zusätzliche Aufgabe, nämlich "als oberster Richter" darüber zu wachen, daß der Wettbewerb innerhalb der Wirtschaft aufrechterhalten und, wo notwendig, gefördert wird. Bei der Herstellung dieser Wirtschaftsordnung sei die Gewähr gegeben, daß die Volkswirtschaft ihre Leistungskraft am besten enfalten könne, daß der wirtschaftliche Fortschritt im Sinne einer ständigen Rationalisierung am günstigsten entfaltet würde, daß sich auf diese Weise über die preisgünstigste Versorgung der Bevölkerung mit Gütern eine reibungslose Bedarfsproduktion herstellen ließe und schließlich die optimale Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung der Individuen gegeben sei. Der Staat erhält somit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die entscheidende Aufgabe, den Wettbewerb zu fördern. Wenn in gewissen wirtschaftlichen Lagen sich der Wettbewerb nicht mehr als die ökonomischste Ordnung herausstellt, soll er aber auch entscheiden, ob und in welchem Umfange vorübergehend Beschränkungen des Wettbewerbs zugelassen werden können. Neben dieser volkswirtschaftlich bedeutungsvollen Aufgabe hat der Staat im Hinblick auf den Ausdehnungsbereich der Freiheit der Wirtschaftssubjekte die schwerwiegende Entscheidung zu treffen, wo und in welchen Fällen das Koalitionsbedürfnis einzuschränken ist und wo und in welchem Umfang ihm stattgegeben werden soll. Aber auch hier ist es der Staat, dem man in einer Zeit interventionistischer Einstellung gegenüber der Wirtschaft Unzulänglichkeit und Fehlplanungen vorwirft, der nun die Aufgabe erhalten soll, quasi als oberster Richter über die Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs zu wachen.

Er soll auch darüber bestimmen, wann und unter welchen Umständen ein vorübergehendes Abweichen von den Wettbewerbsgrundsätzen der Wirtschaft gestattet werden kann. Muß der Kritiker hier nicht dieselbe Skepsis zum Ausdruck bringen, wie es die Anhänger der Freiburger Schule ex post mit den "Experimenten staatlicher Intervention" ausgesprochen haben. Wir ziehen in Zweifel, ob diese umfassende Aufgabe des Staates im Interesse eines wirtschaftlichen Prinzips nach dessen "Fehlern in der Vergangenheit" unfehlbar gelöst wird. Da es letztlich jedoch in der Zwecksetzung der Marktwirtschaft um die Entscheidung Wohlfahrtsökonomie oder relative individuelle Handelsfreiheit geht, so gehen wir hier mit den Verfassern des Gesetzentwurfes einig, daß die Anstrebung eines echten Kompromisses, auch wenn die aufgezeigte Konsequenz fehlt, der Wirklichkeit und damit unserem Wunsche am nächsten kommt. Der Zweck des Gesetzes ist lediglich, die Rechtsordnung so zu gestalten, daß der Wettbewerb, wo immer er möglich erscheint, erhalten und nur dort ausgeschlossen wird, wo dies unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten ausnahmsweise erforderlich erscheint. Der Gesetzgeber will nicht den Preiswettbewerb als einzige Wettbewerbsart erzwingen und dafür andere

Arten der Konkurrenz behindern. Der Preis sei nur das wichtigste Wettbewerbselement. 36)

## § 7 Die theoretischen Grundlagen des Gesetzentwurfes

In der Begründung zum hier besprochenen Gesetzentwurf wird das "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" als eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft bezeichnet. Mit diesem Gesetz soll die Freiheit des Wettbewerbs sichergestellt und die wirtschaftliche Macht da beseitigt werden, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmöglichste Versorgung der Verbraucher in Frage stellt. Weiter wird in der Entwurfsbegründung betont, das Gesetz gehe von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist und der Staat nur insoweit lenkend eingreifen soll, wie dies zur Aufrechterhaltung des Marktmechanismus oder zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich ist, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist. 37) Zunächst sei hierzu bemerkt, daß der Begriff "demokratisch" ein politischer ist. Er hat in der Unternehmerwirtschaft deshalb keine Gültigkeit "weil es darin weder ein Gleichheit der Chancen noch der Stellungen für die in der Wirtschaft Tätigen, also auch nicht für die Unternehmer selbst gibt." 38) Der Gesetzentwurf stützt sich auf die theoretische Konzeption der Freiburger Schule, d.h. auf die Wettbewerbswirtschaft. Die Frage, inwieweit hierbei auf theoretische Erkenntnisse zurückgegriffen werden kann und darf, soll zunächst den Ausgang unserer Untersuchung bilden.

Man entnimmt der Entwurfsbegründung deutlich das erstrebenswerte Ziel, innerhalb der Wirtschaftsordnung der sozialen Marktwirtschaft "möglichst vollständige Konkurrenz" herzustellen. Dieses anzustrebende Ziel bezeichnet PETER als die "ideale Ordnung", die im Hinblick auf die Zielsetzungen im Gesetzentwurf von den Anhängern der Freiburger Schule im ORDO-Begri

---

36) vgl. MÜLLER-HENNEBERG: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung. Köln 1958.

37) vgl. BUNDESTAGSDRUCKSACHE 1158 "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Begründung". Januar 1955. S. 21.

38) vgl. KLUG, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 22.

seinen Niederschlag findet. Demgegenüber steht aber der Wirtschaftsablauf in der Realität, den PETER mit "natürliche Ordnung" bezeichnet. Für die Durchführung der gegebenen oder anzustrebenden staatsrechtlichen Form sorgt die "juristische Ordnung". Nach PETER darf man diese drei Ordnungen nicht zu einer machen. Vor allem hebt er hervor, daß die "natürliche Ordnung" des realen Ablaufs nicht mit der "idealen Ordnung" gleichzusetzen ist. 39) Wenn wir die Entwurfsbegründung unter dem Gesichtspunkt dieser drei Ordnungsbegriffe einer näheren Betrachtung unterziehen, so finden wir den Hinweis "es soll so sein". Nicht auf die Seinsgesetze des realen Ablaufs der Wirtschaft und damit der natürlichen Ordnung wird Bezug genommen, sondern man strebt mit diesem Gesetz an, ein ideales Zukunftsbild zu entwerfen. Man geht aber dabei nicht von der Theorie der Wettbewerbswirtschaft aus, sondern - wie es in der Entwurfsbegründung heißt - "von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung". Wir finden also hierbei gerade das, was PETER mit dem "Ineinander aller drei Ordnungen" meint. Von der Theorie her sieht man in der Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste Form der Wirtschaftsordnung. Zugegeben wird aber, daß es innerhalb der natürlichen Ordnung der Wirtschaft Märkte gibt, auf denen sich die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht verwirklichen läßt. Wir haben hier im wesentlichen drei Fragen besonders zu beachten:

1) Wie kann die Wettbewerbswirtschaft geschaffen werden?

2) In welchen Bereichen kann die Wettbewerbswirtschaft geschaffen werden?

3) Auf welche Weise sollen die Bereiche, in denen ihrer Natur nach die Wettbewerbswirtschaft nicht zu verwirklichen ist, in den Rahmen der Wirtschaftsordnung eingeplant werden?

Der Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat zum Ziel, die Wettbewerbswirtschaft zu schaffen. Die Voraussetzung hierzu ist aber die Untersuchung der Frage, ob dies mit Hilfe des Gesetzes auf der Basis der natürlichen Ordnung zu verwirklichen ist. Es wäre also konkret die Frage zu beantworten, ob in der Sozialen Marktwirtschaft Westdeutschlands die Wettbewerbswirtschaft verwirklicht ist und in welchem Umfang. Anders ausgedrückt, wäre dies eine Untersuchung der Frage, inwieweit echter Wettbewerb gegeben ist. Es heißt in der Begründung des Gesetzentwurfes, daß der Staat insoweit lenkend eingreifen solle, wie sich in der tatsächlichen Wirtschaft "Fehlentwicklungen" bemerkbar machen. Bei einer Prüfung der natürlichen Ordnungsbedingungen im Sinne einer analytischen Betrachtung des Geschehens in der Wirklichkeit zeigt sich, daß Fehl-

---

39) vgl. PETER, Hans: "Gutachten" veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955. S. 10.

entwicklungen in Abweichung von der echten Wettbewerbswirtschaft in so vielfältigen Erscheinungsformen auftreten, daß das Instrumentarium marktkonformer staatlicher Lenkungsformen nicht ausreichen würde, um die ideale Wettbewerbsordnung zu verwirklichen. Die Fehlentwicklungen finden sich in den mannigfaltigsten Erscheinungsformen, auf die besonders RÖPER hingewiesen hat. 40) In der Wirklichkeit existieren zahlreiche Spielarten des Monopols, wie natürliche Monopole, Meinungsmonopole, Gebietsmonopole. Darüber hinaus besteht aber kein Zweifel, daß auch andere Erscheinungsformen die Entfaltung der Wettbewerbswirtschaft hemmen oder gar verhindern. Dies gilt z.B. für die Intransparenz der Märkte, Patente, Musterschutz, Lizenzen und schließlich die in jeder hochentwickelten Volkswirtschaft herrschende Unkenntnis der Verbraucher über die Güte und Beschaffenheit der angebotenen Waren. Gerade beim Verbraucher findet sich eine außerordentliche große Differenzierung.

Insofern ist es auch bedenklich, "die Konsumenten als Schiedsrichter" zu bezeichnen, da diese nicht als Unparteiische über der Konkurrenz stehen, sondern sich als Nachfrager in Konkurrenz in entgegengesetzter Richtung befinden. Ihre Auswahl ist subjektiv bedingt und kann erst durch das Gesetz der großen Zahl zur Objektivierung führen. 41)

Es zeigt sich also, daß die Wettbewerbswirtschaft in der Wirklichkeit zahlreichen Fehlentwicklungen ausgesetzt ist. Grundlage für die Wettbewerbswirtschaft als ökonomischste Wirtschaftsordnung ist der Preis als wichtigstes Lenkungsmittel der Wirtschaft. Durch den Wettbewerb, dem die Wirtschaftssubjekte ausgesetzt sind, soll ferner die Leistung gesteigert werden. Was aber ist, wenn sich in diesem preisgesteuerten Wettbewerb schwerwiegende Mängel oder Nachteile bemerkbar machen? Man könnte hierauf antworten, daß dann eben die Freiheit der Wirtschaft noch nicht vollkommen sei. Dies aber liege entweder daran, daß der Staat dort interveniere, wo er kein Recht habe oder Monopole bestehen, die Hemmungen oder gar Entartungen des wirtschaftlichen Fortschritts in sich bergen. Die Entwurfsbegründung enthält aber nichts, was auf Fehlentwicklungen durch den Wettbewerb oder innerhalb der Konkurrenz schließen läßt.

Wenn es in der Begründung heißt, "daß der Wettbewerb und die durch ihn bedingte Leistungssteigerung durch staatliche Ordnungsmaßnahmen in weitestem Umfang erhalten werden muß", dann wäre festzustellen, inwieweit Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung ursächlich mit der Wettbe-

---

40) vgl. RÖPER, Burkhard: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952.

41) vgl. RÖPER, Burkhard: ebenda. S. 15.

werbswirtschaft zusammenhängen. Es sei hier vor allem daran erinnert, daß gerade der Patentschutz den Erfinder für gewisse Zeit vor der unmittelbaren Konkurrenz schützt.

Andererseits ist sich auch der Gesetzgeber durchaus im klaren, daß sich die vollständige Konkurrenz in Teilen der Wirtschaft überhaupt nicht verwirklichen läßt und daß es ihm lediglich darauf ankommt, diese in möglichst großem Umfange zu erhalten. Wie wir vorstehend festgestellt haben, sind die Fehlentwicklungen jedoch in einer derart starken Variationsbreite gegeben, daß man sich fragen muß, ob der Staat in dem Versuch der Verwirklichung der vollständigen Konkurrenz nicht erst eine solche schaffen müßte, bevor er sich mit der Frage der Erhaltung beschäftigt. Damit würde aber zweifellos die Aufgabe des Staates im Interesse der Schaffung und der Haltung einer funktionsfähigen Wettbewerbswirtschaft zu umfassend und vielseitig, daß es fraglich ist, ob von den Befürwortern der Wettbewerbswirtschaft eine derart starke Überwachung des Wettbewerbs durch den Staat akzeptiert werden kann.

Weiter ist zu beachten, daß die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform der vollständigen Konkurrenz als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat. Das aber bedeutet, daß die Zahl der Marktteilnehmer so groß sein muß, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist. Sind diese Voraussetzungen zutreffend bzw. herstellbar, so muß der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, daß der vollständige Wettbewerb nicht durch beschränkende Maßnahmen beeinträchtigt wird.

Es wird aber dann weiter darauf verwiesen, daß diese Marktform des vollständigen Wettbewerbs in einer Reihe von Marktbereichen nicht herzustellen ist. Da der Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung ist, würde sich der Gesetzgeber der Gefahr eines wirklichkeitsfremden Schematismus aussetzen und schwere wirtschaftliche Schäden heraufbeschwören, wenn er eines theoretischen Prinzips wegen auf diesen Märkten den vollständigen Wettbewerb wieder herstellen wollte. Hier obliegt ihm vielmehr, auf Märkten mit unvollständigem Wettbewerb die Festlegung für zulässige Marktbindungen und für das Verhalten der Beteiligten auf dem Markte zu treffen. In der Begründung heißt es ergänzend, daß man nötigenfalls durch Auflagen das Verhalten der Marktbeteiligten so beeinflussen sollte, daß sie bei Kostensenkung nach Steigen der Leistung streben sollen. 42)

---

42) vgl. BUNDESTAGSDRUCKSACHE 1158: "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Begründung. Januar 1955. S. 22.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfes haben wir also innerhalb der Sozialen Marktwirtschaft Westdeutschlands zwei Ordnungsbereiche, einmal der Bereich der Wettbewerbswirtschaft und zum anderen der Bereich des unvollständigen Wettbewerbs. Leider vermißt man hier eine Abgrenzung in dem Sinne, wo noch von vollständiger Konkurrenz und wo von unvollständigem Wettbewerb gesprochen werden kann. Damit fehlt auch zugleich eine auf die Wirklichkeit anzuwendende brauchbare Definition des vollständigen Wettbewerbs. Ob jedoch eine solche Definition bereits ausreichen würde, muß bezweifelt werden, denn es kann beispielsweise in irgendeinem Bereich des Konsumgütersektors oder besser noch des Handels ein zahlenmäßig großes Angebot vorliegen, aber dennoch bei dem einen oder anderen Unternehmen ein örtliches Monopol oder etwa ein Meinungsmonopol entstehen. Wir glauben, daß gerade der Struktur der Märkte bzw. Teilmärkte in regionaler und sachlicher Hinsicht viel zu wenig Beachtung geschenkt worden ist.

Wenn in der Entwurfsbegründung schließlich für die Märkte, auf denen unvollständiger Wettbewerb herrscht, zugebilligt wird, den Wettbewerb bzw. die Schaffung von Wettbewerb nicht als Selbstzweck anzusehen, so offenbart sich die gesamte Problematik, wie wir an vorstehendem Beispiel aufzuzeigen versuchten. Es wäre hier vielmehr die Frage zu prüfen, ob die Unternehmer auf Märkten unvollständiger Konkurrenz sich nicht ebenfalls an die Regeln des Wettbewerbs halten müßten. Es scheint aber zweifelhaft, ob man im Sinne der Entwurfsbegründung auf Märkten unvollständiger Konkurrenz durch Auflagen und Bedingungen das volkswirtschaftliche Verhalten der Marktbeteiligten so gestalten kann, daß sie nach Kostensenkung bei steigender Leistung streben, ohne daß dabei die staatliche Wirtschaftspolitik den Boden verläßt, der ihr im Rahmen der Wirtschaftspolitik zugewiesen ist.

Schließlich wird zugegeben, daß der Wettbewerb nicht in jeder wirtschaftlichen Wechsellage die herausgestellte Funktion der Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung erfüllt. Deshalb ist im Entwurf hervorgehoben, daß Wettbewerbsbeschränkungen dann zugelassen werden sollen, wenn in Zeiten eines vorübergehenden Nachfragerückgangs nach Versagen marktkonformer staatlicher Maßnahmen der Wettbewerbskampf entarten sollte. Das bedeutet also, daß der Wettbewerb nicht schlechthin immer und allein die erstrebenswerte Marktordnung darstellt, sondern nur - total oder partiell gesehen - in Zeiten aufsteigender Konjunktur.

In unserer Untersuchung kommen wir zu dem Ergebnis, daß eine verallgemeinerte und idealtypische Anwendung der Wettbewerbsgrundsätze auf die Wirtschaft nicht wirklichkeitsnah ist. Die natürliche Ordnung der Wirtschaft als eine tatsächlich gewachsene Ordnung wird sich auch bei der Durchführung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen keinesfalls in eine modellhaft ideale Ordnung umwandeln lassen. Daß die Wettbewerbs-

wirtschaft in weiten Bereichen nicht zu verwirklichen ist, schließt jedoch nicht aus, daß die westdeutsche Wirtschaft im wesentlichen nach den Grundsätzen einer Marktwirtschaft ablaufen kann. Nur muß man sich darüber im klaren sein, daß die heutige Marktwirtschaft so vielgestaltig ist, "daß man das "Für und Wider" nicht auf kurze Formeln festlegen kann, da sonst Verallgemeinerungen nicht vermieden werden könnten." 43)

§ 8 Der Anwendungsbereich des Gesetzentwurfes

Die Frage nach dem Anwendungsbereich des Gesetzentwurfes kann so formuliert werden: wo soll nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich ein Kartellverbot Anwendung finden und wo ist aus irgendwelchen Gründen das Verbotsprinzip nicht durchführbar? Die Frage läßt sich beantworten, wenn man davon ausgeht, in welchen Bereichen Ausnahmen vom Verbotsprinzip, das den Hauptinhalt des Gesetzentwurfes bildet, zugelassen sind. Wir sind also in der Lage, eine Abgrenzung in der Weise herzustellen, daß nach Ausscheiden der Ausnahmen die Bereiche verbleiben, in denen das Kartellverbot grundsätzlich Anwendung findet. Es muß jedoch vorweg festgestellt werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers auch im Bereich des Kartellverbots die Ausnahmeerlaubnis zur Bildung von Kartellen erteilt werden kann. Dies bezieht sich auf Krisenkartelle, Rationalisierungskartelle und Außenhandelskartelle. Zwar besteht grundsätzliches Kartellverbot, wenn aber die Notwendigkeit für einen Kartellzusammenschluß in den drei genannten Fällen nachgewiesen wird, so kann nach dem Willen des Gesetzgebers die Genehmigung zur Errichtung eines Kartells von der Behörde erteilt werden.

Im Bereich der Produktionswirtschaft, die wir hier bewußt von der Verteilungswirtschaft (Groß- und Einzelhandel) abgrenzen, besteht die Möglichkeit nach Beweisführung über die Notwendigkeit des Zusammenschlusses eine Ausnahmeregelung durchzusetzen. Dabei ist bemerkenswert, daß für Rationalisierungskartelle und Krisenkartelle die Ausnahme nur auf die Produktionssphäre beschränkt bleibt, während sich beim Außenhandelskartell die Genehmigung zum Zusammenschluß auch auf die Verteilungssphäre, den Groß- und Außenhandel, anwenden läßt.

Darüber hinaus sind weite Bereich der Wirtschaft der Bundesrepublik von dem Anwendungsbereich der Verbotsgesetzgebung ausgenommen. Dies gilt zunächst für die gesamte Landwirtschaft. In der Begründung zum Kartellgesetzentwurf wird hierzu ausgeführt, daß die Landwirtschaft deshalb ausgenommen werden müsse, weil der bäuerlichen Erzeugung die entsprechenden Reaktionen auf die sich ständig ändernden Marktsituationen fehlen.

---

43) vgl. PETER, Hans: "Gutachten" veröffentlichtvom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955. S. 10.

Eine Reihe von anderen Bereichen, die der automatischen Steuerung durch den Wettbewerb nicht zugänglich sind, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers gleichfalls von der Verbotsregelung ausgenommen werden. Dies gilt für den Kreditmarkt, den Verkehrssektor, die Nachrichtenübermittlung und den Postverkehr, die See- und Binnenwirtschaft sowie die Versorgungsunternehmen. Schließlich bedarf der Erwähnung, daß die in der Montan-Union zusammengeschlossenen Unternehmungen des Kohlenbergbaues und der Eisen- und Stahlgewinnung dem Wettbewerbsrecht der Hohen Behörde unterliegen und daher als supranationale Organisationen nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzentwurfes fallen. "Bekanntlich sind nach dem Vertrag über die Gründung der sogenannten Montan-Union gemäß Art. 65 Kartelle verboten. Dieses Verbot bezieht sich aber nur auf private Kartelle der beteiligten Unternehmungen. Die Montan-Union, vor allem die Hohe Behörde als ihr Verwaltungsorgan, hat das Recht, auf dem Gebiete der Preise einzugreifen. Damit ist sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts befugt, Marktregelungen zu treffen. Sozialwirtschaftlich gesehen, besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Marktregelungen; es kommt nur darauf an, wie und in welchem Grade mit Hilfe der Marktregelung positive Erfolge erreicht werden." 44)

Zusammenfassend ist festzustellen, daß im Anwendungsbereich der Verbotsgesetzgebung in drei Fällen, nämlich Krisenkartelle, Rationalisierungskartelle und Außenhandelskartelle, genehmigungspflichtige Ausnahmen vorgesehen sind und außerdem weite Bereiche der westdeutschen Wirtschaft grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind. Das Deutsche Industrie-Institut "hat letzthin nachgewiesen, welche Wirtschaftsbereiche nach dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot freigestellt sind und welche ihm unterliegen. Demnach werden 25 % der Industriewirtschaft der Deutschen Bundesrepublik vom Kartellverbot laut §1 betroffen." 45)

Wenn wir nun den Anwendungsbereich der Verbotsgesetzgebung unter dem Gesichtspunkt der Ausnahmen betrachten, so kommen wir nicht an der Feststellung vorbei, daß kein allzu großer Bereich der Wirtschaft übrig geblieben ist, in dem nach dem Willen des Gesetzgebers "vollständige Konkurrenz gegeben ist. Dabei ist vor allem noch besonders zu berücksichtigen, daß durch die enge Verflochtenheit der Wirtschaft Regelungen aus den Ausnahmbereichen in die Verbotsbereiche weitergetragen werden und somit in die

---

44) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 118.

45) vgl. KLUG: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 63.

die Entfaltung des Wettbewerbs beeinflußt wird. Wir stehen also vor der Situation im Hinblick auf die Wettbewerbsregelung innerhalb der westdeutschen Wirtschaft, zweierlei Maß anwenden zu müssen.

## § 9 Hauptinhalt des Gesetzentwurfes im Hinblick auf das Kartellproblem

Die Grundidee des Entwurfs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist die Erhaltung und Förderung der Wettbewerbswirtschaft. Im Rahmen dieser Zielsetzung befaßt sich der Entwurf nicht nur mit der Kartellfrage, sondern er "wendet sich gegen vier Gruppen von Wettbewerbsbeschränkungen, nämlich gegen Kartelle (§§1-9), gegen sonstige Verträge (§§10-16), gegen Beschränkungen, die von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen bzw. durch den kapitalmäßigen Zusammenschluß mehrerer Einzelunternehmen hervorgerufen werden (§§17-22) und endlich gegen wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten (§§23-26). Die rechtstechnische Behandlung dieser verschiedenen Gruppen folgt im Entwurf wechselnden Methoden." 46)

Für die Behandlung unseres Themas ist es nicht erforderlich, den r e c h t l i c h e n Komplex des Entwurfs in seiner ganzen Breite aufzurollen. Ein besonderes Interesse an den rechtlichen Fragen ist nur dort gegeben, wo sich unmittelbare Auswirkungen im Hinblick auf die Wirtschaftsordnung oder auf die Gegebenheiten der Wirtschaftspraxis ergeben können.

Ferner haben wir oben festgestellt, daß sich der Gesetzentwurf nicht n u r mit dem Kartellproblem befaßt. Das Kartellproblem stellt nur einen bedeutsamen Ausschnitt dar. Da wir uns jedoch im engsten Sinn mit der Frage des Für und Wider die Kartelle innerhalb der Wirtschaftsordnung der "Sozialen Marktwirtschaft" befassen, steht das Recht der Kartelle, wie es im Gesetzentwurf verankert ist, im Mittelpunkt unserer wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Andere den Wettbewerb einschränkende Maßnahmen, wie z.B. Preisbindungen zweiter Hand, kapitalmäßige Zusammenschlüsse mehrerer Unternehmungen zur monopolistischen Beeinflussung des Marktes, diskriminierendes Verhalten gegenüber anderen Marktteilnehmern, Empfehlungen zu einem bestimmten Marktverhalten usw., die gleichfalls im Gesetzentwurf behandelt werden, kommen nur insoweit in Betracht, als sie das Kartellproblem tangieren und für die Behandlung der Kartellfrage von Bedeutung sind. Nach dem Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegen K a r t e l l v e r t r ä g e einem gesetzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Sie sind also grundsätzlich untersagt, d.h. zivilrechtlich

---

46) ISAY: "Gutachten". S. 15.

unwirksam. Der Erlaubnisvorbehalt indessen besagt, daß Kartelle in einigen Sonderfällen, wie später noch darzulegen sein wird, unter genau definierten Voraussetzungen von der Kartellbehörde zugelassen werden können. Für die so beabsichtigte Regelung des Kartellproblems hat sich der Begriff "Verbotsgesetzgebung" eingebürgert. "Eine besonders glückliche Bezeichnung ist das nicht, denn der Schwerpunkt der gesetzlichen Regelung liegt hier in der zivilrechtlichen Unwirksamkeit nicht genehmigter Kartellvereinbarungen, nicht in einem strafrechtlich sanktionierten Verbot. Indessen möge der Ausdruck "Verbotsgesetzgebung" beibehalten werden, wenn man weiß, was gemeint ist." 47)

In diesem Zusammenhang bedarf es noch der Klärung, was unter dem Gegenstück der "Mißbrauchsgesetzgebung" zu verstehen ist. Hier sollen Kartellvereinbarungen dem Ermessen der zusammenschlußwilligen Unternehmen unterliegen. Nur für den Fall des Mißbrauchs hat der Staat oder die Aufsichtsbehörde die Befugnis einzugreifen und bei besonders schweren Verfehlungen sogar das Recht, eine bestehende Kartellorganisation aufzulösen. Begründet wird die Forderung des staatlichen Eingreifens außer mit verfassungsrechtlichen Argumenten vor allem "mit dem Hinweis darauf, daß schon die Existenz vorhandener und potentieller Außenseiter in jedem Wirtschaftszweig eine starke Garantie gegen überhöhte Kartellpreise biete, andererseits die bei einer "Verbotsgesetzgebung" erforderlichen zahlreichen Ausnahmegenehmigungen einen unverhältnismäßig großen staatlichen Verwaltungsapparat erforderlich machten." 48)

Hier sei noch erwähnt, daß die Kartellgesetgebung in den meisten übrigen europäischen und außereuropäischen Ländern auf dem "Mißbrauchsprinzip" aufbaut.

Nach diesen klärenden Vorfragen befassen wir uns anschließend mit dem Hauptinhalt des Gesetzentwurfes im Hinblick auf das Kartellproblem.

Der Gesetzentwurf befaßt sich in seinem ersten Abschnitt (§§1-9) mit den Kartellverträgen und mit den Kartellbeschlüssen. Voraussetzung hierzu ist eine abgrenzende Begriffsbestimmung, mit der sich der Gesetzentwurf im wesentlichen an die Ergebnisse anlehnt, welche die Rechtsprechung

---

47) vgl. RASCH, Harald: "Kartelle und Kartellpolitik". Frankfurt (Main) bei der Industrie- und Handelskammer. S. 11.

48) vgl. RASCH, Harald: ebenda.

des Kartellgerichts und des Reichsgerichts zu §1 der Kartellverordnung von 1923 entwickelt hat. Der Gesetzgeber betrachtet die Kartelle grundsätzlich als "unerwünschte und störende Faktoren in der Marktwirtschaft".49) Er geht davon aus, daß das Ziel der Schaffung einer Wettbewerbsordnung nur dann verwirklicht werden kann, wenn die Kartelle grundsätzlich verboten werden. Dieser Grundsatz wird jedoch innerhalb des Gesetzentwurfs mehrfach durchbrochen. Zwar schwebt dem Gesetzgeber die Wirtschaftsordnung der freien Marktwirtschaft mit möglichst weitgehender Konkurrenz vor, schränkt jedoch insoweit ein, als diese Vorstellung sich nicht immer und vor allem nicht für alle Märkte verwirklichen läßt. So kommt das Gesetz zu generellen Ausnahmen, die im Entwurf in den §§74-77 verankert sind. Sie beziehen sich vor allem auf die Bank Deutscher Länder oder die später zu errichtende Bundesbank und die Landeszentralbanken sowie auf solche Wirtschaftsbereiche, die nach ihrer Eigenart nicht in vollem Umfange marktwirtschaftlichen Gesetzen unterliegen. Hierzu zählen vor allem die landwirtschaftliche Urerzeugung, staatlich geführte Betriebe des Post- und Verkehrswesens, sowie gewisse Verträge in der Energiewirtschaft.

Darüber hinaus sieht der Gesetzentwurf vom vorher behandelten generellen Kartellverbot gewisse Ausnahmen für den Einzelfall vor. Solche Ausnahmen glaubt der Gesetzgeber dadurch verwirklichen zu können, daß eine im Entwurf vorgesehene Behörde nach Prüfung des Sachverhalts die Erlaubnis zur Bildung eines Kartells erteilen kann. Eine solche Ausnahmeerlaubnis sieht der Gesetzgeber im Entwurf in drei Fällen vor (§§ 2-5):

1) Kartelle bei vorübergehenden Krisenzeiten

Unter diesen Voraussetzungen glaubt der Gesetzgeber von dem Grundsatz der Marktwirtschaft abweichen zu können, weil eine Kartellregelung krisengefährdete Unternehmen vor dem Zusammenbruch und dem Ausscheiden aus dem Markt bewahren kann. Wenn ein vorübergehender Nachfragerückgang durch marktkonforme staatliche Maßnahmen nicht zu beseitigen ist und sich als Folge ein entarteter Wettbewerbskampf mit einer allgemeinen Preisschleuderei einstellt, wodurch auch leistungsfähige Unternehmer eines Wirtschaftszweiges mitgerissen werden, befürwortet also der Gesetzgeber auf Antrag Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Krisenkartellen. Diese Krisenkartelle sollen in die Lage versetzt werden, die Preise zu binden sowie die Gesamterzeugung innerhalb eines bestimmten Wirtschaftszweiges zu regeln. Das Gesetz sieht vor, daß allerdings die Erlaubnis zur Bildung eines Krisenkartells von drei einschränkenden Voraussetzungen abhängt:

---

49) vgl. BUNDESTAGSDRUCKSACHE 1158: "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Begründung". Januar 1955. S. 25.

a) Die Genehmigung darf nur für Unternehmen der Produktionsstufe erteilt werden.

b) Der Notstand muß auf rein konjunkturellen Erscheinungen beruhen und von vorübergehender Natur sein.

c) Die Erlaubnis ist nur für relativ kurze Zeit zulässig. 50)

PETER weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die schwächeren Unternehmen in der Krise naturgemäß stärker gefährdet werden. Hier se eine Koalition gerechtfertigt. (Denn sonst würde Marx mit seiner Machtakkumulation recht haben, da ja die Schwachen alle ausfallen würden.) Eine Überwachung sei auch hier erforderlich, da der Grund der Krise nur vorgetäuscht sein kann und Pfründenpolitik betrieben werden könnte. Ein Genehmigungsverfahren sei jedoch schlecht, da die Koalierung in der Krise eile. Aber man könne ex post hohe Strafen auf Mißbrauch setzen. 5

2) Rationalisierungskartelle

Kartelle können ebenfalls zugelassen werden, wenn sie Zwecken der Rationalisierung dienen. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, daß diese innerhalb der allgemeinen Grundsätze der Marktwirtschaft den Wettbewerb fördern und die Befriedigung des Bedarfs verbessern. Innerhalb des Rationalisierungskartells sollen nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch nur solche Maßnahmen zugelassen werden, die primär dazu dienen, die Kosten zu senken und die Leistung zu heben und somit die Wirtschaftskra im Sinne der vom Gesetz erstrebten Wirtschaftsordnung zu fördern. Die in einer solchen Vereinigung zulässigen Bindungen sollen demnach grundsätzlich nur technische, betriebliche oder organisatorische Maßnahmen innerhalb des Erzeugungs- oder Vertriebsvorganges zum Inhalt haben. Ausdrücklich ist verboten, daß ein Rationalisierungskartell eine Politik der Preisbindung durchführt oder Absatz bzw. Erzeugung der angeschlossenen Unternehmen begrenzt. Daß dieser Grundsatz sich im Rationalisierungskartell nicht in jedem Fall verwirklichen läßt, bestimmte den Gesetzgeber dazu, daß auch hier in besonders gelagerten Fällen das Rationalisierungskartell eine gemeinsame Preispolitik durchführen kann.

---

50) vgl. BUNDESTAGSDRUCKSACHE 1158: "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Begründung". Januar 1955. S. 32.

51) vgl. PETER, Hans: "Gutachten" veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955. S. 21.

METZNER warnt jedoch in diesem Zusammenhang und führt aus, daß Rationalisierungskartelle wohl Kartelle sind, in denen Rationalisierungsmaßnahmen, z.B. Normung und Typisierung vereinbart werden, daß aber derartige Abkommen, wenn sie zunächst auch nicht unmittelbar die Preise betreffen würden, sich doch mittelbar auf den Preis auswirken könnten. 52)

3) Außenhandelskartelle

Für Außenhandelskartelle sieht das Gesetz gleichfalls Ausnahmen vor. Solche Ausnahmen sollen vor allem für den Fall zugelassen werden, wenn sich ausländische Wettbewerber gleichartiger wettbewerbsbeschränkender Methoden bedienen. Der Gesetzgeber glaubt hier am ehesten bewußt auf marktwirtschaftliche Grundsätze verzichten zu können.

Selbstverständlich ist eine Überwachung angebracht, doch kann eine entsprechende Prüfung erst ex post durchgeführt werden. KLUG weist hier besonders darauf hin, daß der Staat oder eine entsprechende Institution, in diesem Falle das Bundeskartellamt, geradezu allwissend sein müßte, um die Marktwirtschaft von allen Hemmungen zu befreien. 53)

---

52) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 76.

53) vgl. KLUG, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 30.

# K A P I T E L III

## DIE THEORETISCHEN GRUNDLAGEN DES GESETZENTWURFES UND DEREN ANWENDUNG AUF DIE ÖKONOMISCHE WIRKLICHKEIT

### § 10 Die Soziale Marktwirtschaft und ihre Geltung

In der Begründung des Entwurfs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschrä
kungen versteht man unter der Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik
Deutschland keineswegs die sich selbst überlassene liberale Wirtschaft,
sondern die durch bewußte Ordnung des Wettbewerbs und durch marktkon
forme Mittel gesteuerte Wirtschaft. "Die bewußte Ordnung des Wettbewer
soll durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hergestellt wer
den. Damit haben wir zunächst einen Anhaltspunkt oder einen Hinweis üb
den Standort der Sozialen Marktwirtschaft.

Folgen wir MÜLLER-ARMACK, so ist die Soziale Marktwirtschaft als ei
Synthese aus marktwirtschaftlichen Kräften und einer sozialen Ordnung z
verstehen. 54)

Zu dieser Synthese gelangt man, wenn als These die Freie Marktwirtsch
und als Antithese die Zentralverwaltungswirtschaft genommen werden. D
Freie Marktwirtschaft ist die Wirtschaftsordnung des ökonomischen Libe
lismus, in der die Wirtschaft sich selbst überlassen und nach den Marktg
setzen in sich geregelt ist. Innerhalb dieser Wirtschaftsordnung verbleib
dem Staat lediglich politische Schutz- und Ordnungsaufgaben, während e
sich einer wirtschaftlichen Betätigung möglichst enthalten oder, wo eine
solche nicht zu umgehen ist, genau so den Marktregeln unterliegen soll w
die Privatwirtschaft. Keineswegs soll der Staat in der Freien Marktwirt
schaft - etwa aus sozialen Motiven - ordnend in die Wirtschaft eingrei
fen. Die Freie Marktwirtschaft ist demnach die historisch ausgeprägte W
schaftsordnung des "Laissez faire", die als Ausfluß liberaler Geistesha
tung in der Weltwirtschaftskrise von 1929 bis 1933 versank und "als Anti
these die staatliche Lenkung oder Planung als scheinbar einzigen gangba
Weg aus der Krise herauszukommen, auslöste. Besonders in Deutschlan
verdichtete der Staat die Lenkung immer mehr und gewann dadurch verst
ten unmittelbaren Einfluß auf den Ablauf der Wirtschaft. Damit wurden a

---

54) vgl. MÜLLER-ARMACK: "Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft".
Hamburg 1948. S. 87 ff.

die marktwirtschaftlichen Regulatoren fortschreitend ausgeschaltet." 55) Das staatliche Lenkungssystem brachte durch die Anhäufung von Zwangsmaßnahmen zunehmend Einschränkungen der persönlichen Freiheit der Menschen mit sich. Andererseits bestand aber nicht die Gewähr, daß durch die Verwaltungsbürokratie des Staates die ökonomischste Wahl getroffen wurde; dies um so mehr, als mit dem zunehmenden Ausscheiden marktwirtschaftlicher Regulatoren eine Meßbarkeit der Leistungen am erzielbaren Marktpreis nicht mehr gegeben war. EUCKEN spricht hier von Mißerfolgen staatlicher Wirtschaftspolitik. Er vergißt aber offenbar, daß die Zunahme staatlicher Interventionen innerhalb der Wirtschaft oft auf gewisse Notstände in der Wirtschaft und der Sozialstruktur zurückgehen. Damit ist aber das Wesen der Zentralverwaltungswirtschaft durch die Darstellung dieser mehr historischen Entwicklungslinie noch nicht erschöpft. Folgen wir den Anhängern der Freiburger Schule, so ist unter der Zentralverwaltungswirtschaft als Realtypus eine Wirtschaftsordnung zu verstehen, in der die Wirtschaft nach einem vorher aufgestellten Generalplan und auf diesen abgestimmten Teilplänen abläuft. Die Märkte sind in ihrer Funktion als Preisregulatoren dann völlig ausgeschaltet, wenn die Planung alle Bereiche einschließlich des Konsums umfaßt. Gerade die Ausschaltung der Märkte als Regulatoren des Wirtschaftsprozesses und Gradmesser der Produktivität der Wirtschaft ist im Zusammenhang mit der Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit ein Grund dafür, daß diese Wirtschaftsordnung oder eine angenäherte Form in der Wirklichkeit von den Vertretern des Neoliberalismus abgelehnt wird.

Nach MÜLLER-ARMACK steckt aber in den beiden vorgenannten extremen Wirtschaftsordnungen, der Freien Marktwirtschaft einerseits und der Zentralverwaltungswirtschaft andererseits, ein realer Kern. Er versucht nun, für die Soziale Marktwirtschaft als Realtyp einer Wirtschaftsordnung von beiden die positiven Merkmale zu übernehmen. Insofern ist die Soziale Marktwirtschaft auch als Synthese der vorgenannten Wirtschaftsordnungen zu betrachten. Es taucht jedoch bei einer näheren Betrachtung die Frage auf, welcher der beiden Wirtschaftsordnungen das Ordnungsmittel entnommen wird, das einerseits die Funktionsfähigkeit der Märkte und andererseits der Wirtschaftsplan ist. Es ist also durchaus denkbar, daß die Soziale Marktwirtschaft als Synthese eine mit gewissen Lenkungsprinzipien versehene Marktwirtschaft oder eine den Wirtschaftsplan ausführende Lenkungswirtschaft mit marktfreien Bereichen sein könnte. Der grundlegende

---

55) vgl. RASSWEILER, Rudolf: "Die Entwicklung des westdeutschen Arbeitsmarktes mit der Währungsreform und das Problem der Beseitigung der Arbeitslosigkeit in der Sozialen Marktwirtschaft". Tübingen 1952. S. 124.

Unterschied der beiden aufgezeigten Möglichkeiten einer Synthese besteht darin, daß im ersten Fall der Markt das Ordnungsmittel ist, während im zweiten dagegen die in Ausführung des Wirtschaftsplans getroffenen Lenkungsmaßnahmen zum wesentlichen Bestandteil der Wirtschaftsordnung werden und die marktwirtschaftliche Ordnung nur für den lenkungsfreien Bereich gilt bzw. in den Fällen, wo sich die Lenkung des Staates im Rahmen der Marktordnung abwickelt. 56)

Die Anhänger dieser letztgenannten Wirtschaftsordnung "wollen dem Grundsatz der freien Bedarfsbefriedigungswahl durch das Mittel der Verkehrswirtschaft entsprechen, aber in anderen Formen als in denen der liberalen Ordnung oder nach ihrer Meinung "Unordnung". Sie sprechen von einer "Wirtschaftsordnung des dritten Weges", der "Sozialistischen Marktwirtschaft", "Geplanten Marktwirtschaft" oder "Gesteuerten Marktwirtschaft", weil der möglichst reibungslose Ablauf der Wirtschaft nicht durch die Marktautomatik herbeigeführt, geschweige erreicht werden könne, sondern nur durch die Direktiven der Planungsbehörde, deren Anweisungen die nach wie vor miteinander konkurrierenden Unternehmer im Interesse der Verbraucher zu gehorchen hätten. Durch die Synthese von Wettbewerb und Planung soll ein besserer Produktions- und ein gerechterer Verteilungserfolg verbürgt werden." 57)

Damit kann in der staatlichen Lenkung nach solchen Maßnahmen unterschieden werden, die sich mit den Marktgesetzen in Einklang befinden, d.h. m a r k t k o n f o r m sind und solchen, die den Markt teilweise oder ganz in seiner Geltung ausscheiden, den sogenannten n i c h t m a r k t k o n f o r m e n Maßnahmen.

Nach MÜLLER-ARMACK liegt das Wesen des Ordnungscharakters der Sozialen Marktwirtschaft auf der Betonung des Marktes. Nach ihm ist der Markt "die Ausgestaltung einer beweglichen Preis- und Wertrechnung, durch die dem Konsum und der Produktion die Dringlichkeit der volkswirtschaftlichen Verwendungsbegehren auf der einen Seite und der Knappheitsgrad der erzeugten Mittel auf der anderen Seite signalisiert wird." 58)

---

56) Hier etwa befindet sich der Standort des "Freiheitlichen Sozialismus".
57) vgl. KLUG, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 113.
58) MÜLLER-ARMACK: "Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft". Hamburg 1948. S. 90.

Die Soziale Marktwirtschaft unterscheidet sich aber von der Freien Marktwirtschaft dadurch, daß die staatliche Einflußnahme auf die Wirtschaft zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung und Verbesserung der sozialen Verhältnisse als notwendig erachtet wird. Die hierzu notwendigen staatlichen Interventionen sollen jedoch an die Bedingung geknüpft sein, daß sie mit den Grundsätzen der marktwirtschaftlichen Ordnung im Einklang stehen; mithin sollen diese Maßnahmen marktkonform sein. Demnach läßt sich die Soziale Marktwirtschaft, wie folgt, definieren:

Unter der Sozialen Marktwirtschaft verstehen wir eine Wirtschaftsordnung, die bei grundsätzlicher Anerkennung des Marktes als Ordnungsmittel eine marktkonforme staatliche Intervention zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung und Verbesserung der sozialen Verhältnisse als Regulativ zuläßt.

Es wird demnach die Anerkennung des Marktes als Ordnungsmittel in den Mittelpunkt gestellt. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, welche Marktformen auf den verschiedenen Teilmärkten auftreten können und inwieweit wirtschaftliche Macht die Marktpositionen eines Teils der Wirtschaftssubjekte zum Nachteil anderer Wirtschaftssubjekte beeinflussen kann. Grundsätzlich sei aber festgehalten, daß der Staat innerhalb dieser Wirtschaftsordnung die Aufgabe hat, durch marktkonforme Maßnahmen in das Wirtschaftsgeschehen einzugreifen, wenn gewisse Nachteile in den Marktpositionen sich im sozialen Bereich auswirken sollten. Folgen wir diesem Gedanken im Zusammenhang mit dem Problem der aus sozialen Gründen zu verurteilenden Ausnützung wirtschaftlicher Macht, so sind innerhalb dieser Wirtschaftsordnung der Sozialen Marktwirtschaft durchaus Möglichkeiten gegeben, diese Machtstellungen mit marktkonformen Mitteln (z.B. Besteuerung, Förderung von Abwehrkoalitionen, gerichtliche Verfolgung von Machtmißbrauch usw.) aufzuhalten, einzuschränken oder gar zu beseitigen. Eine sehr wichtige Aufgabe ist hierbei, daß der Staat solche Gefahren rechtzeitig erkennt.

Folgen wir den Argumenten der Freiburger Schule bzw. der ursprünglich hierauf aufbauenden Begründung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, so wurde hier offenbar der Begriff der "Sozialen Marktwirtschaft" noch enger gefaßt. Man begnügte sich nicht allein mit der Anerkennung des Marktes als Ordnungsmittel schlechthin, sondern erstrebte für die Bereiche in denen eine Verwirklichung möglich sei, die Herstellung einer Wettbewerbswirtschaft. Die Wirtschaft sollte tunlichst auf die Marktform des massenhaften Angebotes und der massenhaften Nachfrage, d.h. also die Herstellung der "vollkommenen Konkurrenz" hingeführt werden. Das Motiv zu dieser Forderung beruhte auf der Ansicht, daß eine solche Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich leistungs- und fortschrittsfördernste Marktform im Rahmen aller möglichen Marktformen darstelle. Man

ist aber in der Entwurfsbegründung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen realistisch genug, festzustellen, daß in den Bereichen, in
denen sich diese Marktform nicht verwirklichen läßt, lediglich eine Über
wachung des Machtmißbrauchs durchzuführen sei; und dort, wo sich der
Wettbewerb im Sinne der vollständigen Konkurrenz als unzulässig und
volkswirtschaftlich schädlich erweist, nämlich in Form des ruinösen Pre
wettbewerbs in Zeiten akuten Nachfragerückganges, mit Wettbewerbsbe-
schränkung (Krisenkartelle) zu begegnen ist.

Wenn wir uns mit der Sozialen Marktwirtschaft und ihrer Geltung in dies
Abschnitt befassen, so wäre darauf hinzuweisen, daß zunächst zu überp
fen ist, ob sich die ursprünglich von der Freiburger Schule geforderte
Wettbewerbswirtschaft überhaupt verwirklichen läßt. RÖPER hat in sein
Schrift "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen" überzeugend darge
legt, daß die hier geforderte Wettbewerbswirtschaft in der Praxis nur s
ten ihre Verwirklichung findet. Es soll damit nicht abgestritten werden,
daß sie auf Teilgebieten der Wirtschaft besteht oder zu verwirklichen ist
Es wird aber bezweifelt, daß sie im großen Rahmen innerhalb der Volks
wirtschaft der Bundesrepublik realisiert ist. Zweifellos finden wir auf d
sogenannten Wochenmarkt einer Großstadt, auf Viehmärkten, auf Messen
usw. eine annähernde Wettbewerbswirtschaft im Sinne der vollständigen
Konkurrenz vor. In den meisten Fällen ist sie jedoch nicht gegeben, wen
auch die Quantität des Angebotes und der Nachfrage ohne Berücksichti-
gung der strukturellen Gegebenheiten darauf hinzudeuten scheinen. Auf
einzelnen Ursachen soll an späterer Stelle noch näher eingegangen werd

Abschließend sei festgestellt, daß die Soziale Marktwirtschaft und ihre
tung in der Bundesrepublik nicht so aufzufassen ist, wie sie von den An-
hängern der Freiburger Schule und den Kartellgegnern ursprünglich dar
stellt wurde. Die "natürliche Ordnung" der westdeutschen Wirtschaft
zeigt vielmehr eine Reihe von Fehlentwicklungen. In Anwendung auf die
wirkliche Wirtschaft müssen daher Inkonsequenzen die Folge sein. Im Ge
setzentwurf gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird einerseits soviel
Wettbewerb als möglich verlangt, andererseits aber bei Märkten unvolls
diger Konkurrenz der Status quo zugestanden und lediglich der Machtmiß
brauch überwacht. Schließlich will man den Wettbewerb dort einschränke
wo er volkswirtschaftlich ungesund ist. Die Aufgabe, Schiedsrichter in
sem Wirrwarr zu sein, obliegt dem Staat. Wir sind nicht der Auffassung
daß sich die Verwirklichung dieser Aufgabe durch den Staat mit dem gef
derten "Weniger an Interventionen" lösen läßt; wir glauben vielmehr, da
die Erfüllung der ihm im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschr
kungen zugedachten Aufgabe ohne beträchtliche Ausweitung seiner Über
wachungsorganisation nicht durchzusetzen ist.

## § 11 Zum Begriff der wirtschaftlichen Freiheit

In folgendem Abschnitt wollen wir uns mit dem Problem der wirtschaftlichen Freiheit auseinandersetzen. Das schließt nicht aus, daß einzelne Kategorien wirtschaftlicher Freiheiten mit den politischen Freiheiten in engem Zusammenhang stehen und umgekehrt. Ein enger Beziehungszusammenhang besteht ferner zwischen den wirtschaftlichen Freiheiten und all denjenigen im Rahmen der Rechtsordnung.

Wir verstehen unter der wirtschaftlichen Freiheit die auf dem freien Willen der Wirtschaftssubjekte beruhenden wirtschaftlichen Entscheidungen. Unter dem Begriff der wirtschaftlichen Freiheit sind eine ganze Reihe von Freiheitskategorien vereinigt, die je nach der Wirtschaftsordnung und den Gegebenheiten im wirtschaftlichen Zusammenleben einen mehr oder weniger großen Spielraum aufweisen. Hier sind die Gewerbefreiheit, Niederlassungsfreiheit, Produktionsfreiheit, Verkehrsfreiheit, Preisfreiheit auf der einen und die Konsumfreiheit, die Freiheit in der Wahl des Berufs und Arbeitsplatzes auf der anderen Seite und schließlich die wichtigen Freiheiten im Hinblick auf die wirtschaftlichen Bindungen, die Vertrags- und Koalitionsfreiheit zu nennen.

Überall, wo es menschliches Zusammenleben gibt, sei es in der Familie, im politischen Bereich des Staatslebens oder im Wirtschaftsleben, wird die Freiheit nicht uneingeschränkt bleiben; denn Freiheit auf der einen Seite führt oft zur Beschränkung auf der anderen Seite. "Die Freiheit birgt immer die Gefahr in sich, Macht auf Schwäche auszuüben." 59) Im Wirtschaftsleben gibt es immer Starke und Schwache und im freien Spiel der Kräfte unterliegt eben der Schwache, was naturgemäß zu einer Einengung von dessen wirtschaftlicher Freiheit führt.

Wo der Marktmechanismus "sich so auswirkt, daß sich niemand zu beklagen hat", ist kein Eingriff notwendig. 60) Dies ist aber weiter nichts als eine theoretische Konstruktion. Sie setzt voraus, daß die Menschen in ihrer wirtschaftlichen Betätigung in Bezug auf die Macht- und Stärkeverhältnisse einander gleich sind, d.h. in ihrer Veranlagung, Zielsetzung und Willensbildung. 61) Dies ist aber in Wirklichkeit nicht der Fall; wie

---

59) vgl. PETER, Hans: "Gutachten" veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955. S. 27.
60) vgl. KLUG, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 21.
61) vgl. PETER, Hans: "Gutachten" veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955. S. 27.

wäre sonst das Aufkommen wirtschaftlicher Koalitionen in der Wettbewerb wirtschaft in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts zu verstel Diese Entstehung von wirtschaftlichen und sozialpolitischen Koalitionen, z.B. Unternehmerverbände, Gewerkschaften, Genossenschaften und ande mehr, sind hauptsächlich darauf zurückzuführen, daß die Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung zur Herausbildung individueller Macht oder Machtgruppen geführt hat, und diese Koalitionen als Abwehrreaktion gege über wirtschaftlicher Macht zu verstehen sind. Auch bei einem Teil der K telle ist die Entstehungsursache keine andere, als die der Abwehr gegen Machtgebilde oder gegen die Ungunst der wirtschaftlichen Entwicklung. Diese Entwicklung ist also ein Beweis dafür, daß sich der "Marktmecha- nismus" in Wirklichkeit keineswegs so auswirkt, daß sich niemand zu bek gen hat.

Auch die Anhänger der Freiburger Schule haben erkannt, daß die Freihei innerhalb der von staatlicher Lenkung nicht beeinflußten Wirtschaft des "Laissez faire" eine problematische Sache sei. Die Entwicklung hat hier bewiesen, daß sich die Marktfreiheit darin äußert, daß der überlegene Marktteilnehmer die Austauschverhältnisse ohne Durchbrechung der Spiel regeln der Marktfreiheit zu seinen Gunsten verändern kann. Dabei brauch der stärkere Marktpartner nicht einmal mit böser Absicht zu handeln, son dern er nimmt nur die Chancen des Überlegenen wahr. Dies kann er sowo bei freier Konkurrenz als auch in einer Marktwirtschaft, in der die Kon- kurrenz mehr oder weniger beschränkt ist. Die entscheidende Ursache is hier darin zu sehen, daß die im Wettbewerb stehenden Wirtschaftssubjekt eben nicht die gleichen Startbedingungen haben, sondern sich in mannigfa tiger Hinsicht voneinander unterscheiden. Die Anhänger der Freiburger Schule und besonders EUCKEN kommen deshalb zu dem Schluß, daß die Freiheit in der freien Marktwirtschaft keinesfalls gewährleistet ist, wen sich der Staat nicht reglementierend einschaltet. Der Staat hat die Aufga als Rechtsstaat Abhilfe zu schaffen, wo innerhalb der Wirtschaft Freihei zur Unfreiheit wird. "Bei seinem Eingreifen muß sich der Staat an die Ge setze halten." 62) Die Anhänger der Freiburger Schule stellen daher den Grundsatz auf, vom Staate her eine planvolle Ordnung zu schaffen, in der Wettbewerb herrscht. Wenn der Staat diesen Wettbewerb garantiert und überwacht, dann sei eine Wirtschaftsordnung gefunden, in der eine optim Freiheit der Wirtschaftssubjekte gewährleistet sei. Es ist hier allerding in Zweifel zu ziehen, ob dabei nicht die Macht des Staates überschätzt wi In dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird dem Staat die Auf- gabe übertragen, alle Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich zu über wachen, einmal, damit das Verbot nicht übertreten wird, und zum anderen

---

62) vgl. PETER, Hans: "Gutachten" veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955. S. 27.

daß die zugelassenen Wettbewerbsbeschränkungen nicht in diskriminierender Weise die anderen Wirtschaftssubjekte beeinträchtigen. Es ist aber fraglich, ob eine solche Überwachung durch den Staat möglich ist, ohne daß diese bis tief in den Bereich der Persönlichkeit vordringt. Dann allerdings wäre die Frage aufzuwerfen, ob auf diese Weise die persönliche Freiheit überhaupt noch gewährleistet ist.

In diesem Zusammenhang taucht weiter die Frage auf, ob gegen solche Koalitionen vorgegangen werden kann, bei deren Zustandekommen keine schriftlich fixierten vertraglichen Abmachungen getroffen wurden. Welche Handhabe hat der Staat, wenn Koalitionsabsprachen auf dem Wege des Gentlemen-Agreements bei gesellschaftlichen Anlässen getroffen werden.

Wenn es auf dem Markt immer Starke und Schwache gibt und im freien Spiel der Kräfte der Schwache unterliegt, so ergibt sich der Zusammenschluß als ein Gebot zur Erhaltung der Existenz der wirtschaftlich Schwachen. Wenn solche Vereinbarungen außerhalb der gesetzlichen Regelungen oder außerhalb der Spielregeln des Marktes getroffen werden, so sind Bedenken gewiß nicht von der Hand zu weisen. Wir sind daher der Auffassung, daß gerade deshalb für Koalitionen Gesetze geschaffen werden müssen, "damit die spontane Selbsthilfe gesetzlich fundiert und kontrolliert wird". 63) PETER sieht hier je nach Lage der Dinge drei Wege, die zur Verwirklichung der wirtschaftlichen Freiheit eingeschlagen werden können:

1) Indirekte Lenkung der auftretenden wirtschaftlichen Kräfte.
2) Spontaner Einsatz der Selbsthilfe in kontrollierten Koalitionen.
3) Befreiung des Marktmechanismus bei Störungen durch bürokratische Einrichtungen.

## § 12 Die Voraussetzungen des vollkommenen Wettbewerbs

Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs läßt sich ohne weiteres darstellen. Dabei werden die Daten aber so festgesetzt, daß bei einer späteren Anwendung auf die Praxis eine Abstraktion nach der anderen fallen gelassen werden muß und damit seine Bedeutung für den tatsächlichen Ablauf des Marktgeschehens verloren geht. Die Auswüchse der durch den Marktautomatismus gesteuerten Konkurrenzwirtschaft haben ja bereits resignierend MALTUS, J.ST. MILL, MARX und andere festgestellt. Wir sind in vorstehendem Abschnitt zu dem Ergebnis gelangt, daß die Freiheit des

---

63) vgl. PETER, Hans: "Gutachten" veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955. S. 27.

Handelns am Markt bei Ungleichheit, oder anders ausgedrückt, unter un-
gleichen Bedingungen stets zur Unfreiheit eines Teils der Wirtschaftssub
jekte führt. Das rührt daher, daß der Wettbewerb aus den verschieden-
sten Verursachungen momentan in der Wirklichkeit Beschränkungen unter
liegt. Im tatsächlichen Wirtschaftsablauf gibt es auf die Dauer eine voll-
ständige Konkurrenz im Sinne der theoretischen Konstruktion selten, "vi
mehr überwiegen Mischungen und Überschneidungen von Konkurrenz, -
Oligopol - und Monopolformen, wobei sich die Marktkonstellationen im
Zeitablauf noch verändern können". 64)

Dies beruht darauf, daß auf der Seite der Produktion die erforderliche M
bilität des investierten Kapitals nicht gegeben ist. Je entwickelter eine
Volkswirtschaft ist, um so schwieriger wird die Mobilität des Kapitals.
Ebenso verhält es sich mit der Beweglichkeit der Arbeitskraft. Die räum
lichen Bindungen durch Besitz, Gewohnheit, die soziologische Umgebung
sowie die durch die Spezialisierung sich ständig verringernde fachliche
Mobilität setzen auch hier enge Grenzen. Ähnliches gilt für die räumlich
Bindung der Konsumenten. Je entwickelter eine Volkswirtschaft und dam
differenzierter das Warenangebot, desto geringer ist die Markttranspare
der Verbraucher. Zu der fehlenden Marktübersicht treten aber auch noc
andere Momente, wie z.B. mangelnde Zeit zur Auswahl und zum Preisve
gleich, ferner Kundentreue und sonstige psychologische Eigenheiten, au
die später noch näher eingegangen werden soll.

"Das Gesamtgefüge einer Volkswirtschaft ist somit in keiner Weise klar
und übersichtlich aufgebaut", 65) wie es im Modell dargestellt werden ka
"Vielfältig miteinander verschlungene Beziehungen, unterschiedliche El
stizitäten der Nachfrage und des Angebotes und nicht zuletzt politisch be
dingte Ausweitungen und Verengungen des Wirtschaftsgebietes und des Z
sammenhanges mit dem ebenfalls unübersichtlichen Weltmarkt beeinträch
gen die Markttransparenz. Der zumeist stoßweise einsetzende technisch
Fortschritt, Kaufkraftverlagerungen durch eine wechselnde Einkommens
struktur, sowie der unterschiedliche Bevölkerungsaufbau verschieben fo
laufend die Gewichte der einzelnen Märkte und führen zu einer wirtscha
lichen Dynamik, die auch das Marktgefüge umfaßt. Der fortlaufende Pro
der Marktbildung und -vernichtung bzw. -umformung ist ein wesentliche
- im Modell nicht erfaßtes - Moment einer durch Konkurrenz gesteuer
Marktwirtschaft." 66) RÖPER ist der Auffassung, daß vollkommene Kon

64) vgl. RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklung
Berlin 1952. S. 179.
65) vgl. RÖPER, Burkhardt: ebenda.S. 179.
66) vgl. RÖPER, Burkhardt: ebenda.S. 179.

renz und die durch sie bewirkte dauernde optimale Ausnützung aller Faktoren mit wirtschaftlicher Dynamik nicht vereinbar sei. 67)

Auch VERSHOVEN vertritt die Meinung, daß es vollkommene Konkurrenz nicht geben kann, weil sie dem Wesen des Menschen im Markt widersprechen würde. Es gibt aber Konkurrenz, und er unterscheidet hierbei die Konkurrenz von Marktobjekten mit gleichen Marktobjekten und die Substitutionskonkurrenz. 68) Ein weiteres wesentliches Moment im Hinblick auf die Wettbewerbswirtschaft ergibt sich in der modernen Industriewirtschaft aus den mehr oder weniger weiten Spielräumen für die Preis-, Qualitäts- und Absatzgestaltung. "Weder die Homogenität der Waren, noch die Identität der Märkte reicht in den meisten Wirtschaftszweigen aus, um die Bedingungen der reinen Konkurrenz zu erfüllen." 69)

Die Bedingung der vollständigen Konkurrenz, d.h., daß soviel Anbieter und Nachfrager am Markt auftreten, daß der Einzelne ohne wesentlichen Einfluß auf die Preisbildung ist, haben wir allenfalls noch annähernd z.B. bei Wochenmärkten, Viehauktionen, Messen etc. Dabei handelt es sich aber jeweils nur um kleinere Marktausschnitte, die keineswegs realtypisch auf die gesamte Volkswirtschaft übertragen werden können. Ferner muß man sich davor hüten, das Vorhandensein vieler Anbieter und Nachfrager in einem großen Wirtschaftsraum schlechthin als Zustand vollständiger Konkurrenz zu kennzeichnen, ohne dabei näher zu untersuchen, ob nicht gleichzeitig auf räumlich eng begrenzten Teilmärkten unvollständige Konkurrenz herrscht.

Zusammenfassend sei festgestellt, daß die vollständige Konkurrenz in der wirklichen Wirtschaft nur in unbedeutendem Umfange anzutreffen ist. Wohl sei zugegeben, daß auf einzelnen begrenzten Teilmärkten Marktverhältnisse gegeben sein mögen, die eine gewisse Annäherung an diese Marktform darstellen. Sie aber sind keineswegs realtypisch anzusehen. Vorherrschend sind vielmehr die Zwischenformen zwischen der vollständigen Konkurrenz und dem Monopol, wobei letzteres ebensowenig in der wirklichen Wirtschaft in reiner Form auftritt wie die vollständige Konkurrenz.

---

67) vgl. RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952. S. 67.

68) vgl. VERSHOFEN, Wilhelm: "Gutachten" über die Kartellgesetzgebung. veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie. S. 16.

69) vgl. RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952. S. 73.

Die Spaltung der Volkswirtschaft durch den Gesetzentwurf gegen Wettbewerbsbeschränkungen in solche Bereiche, in denen der Wettbewerb vorherrschen und das Kartellverbot realisiert werden soll, und solche, in denen unvollständige Konkurrenz herrscht und damit ein Kartellverbot nicht mehr anzuwenden ist, deuten darauf hin, daß die Verfechter des Gesetzentwurfs zumindest diese Tatsache nicht übersehen haben. Trotzdem scheint uns, daß in den Bereichen der Verbotsgesetzgebung, also in jenen, wo Wettbewerb veranstaltet werden soll, die kritische Sonde der Wirklichkeit nicht genügend angewendet worden ist.

## § 13 Die Ursachen des unvollkommenen Wettbewerbs

In vorstehendem Abschnitt haben wir uns mit der Voraussetzung eines vollkommenen Wettbewerbs in der wirklichen Wirtschaft befaßt und sind dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß dieser selten gegeben ist. Wir haben auf die Ursachen der natürlichen Wettbewerbsbeschränkung bereits hingewiesen; im folgenden soll nun auf diese näher eingegangen werden.

### a) Das Problem der Markttransparenz

Die Verfasser des Gesetzentwurfes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ließen sich von der Vorstellung leiten, daß die Wirtschaft dem Verbraucher zu dienen habe. "Der Verbraucher sei König! Er allein habe zu bestimmen, was produziert werden soll." 70)

Nun ist aber das Vorhandensein der Markttransparenz eine sehr wesentliche Voraussetzung der vollkommenen Konkurrenz, Anbieter wie Nachfrager müssen in der Lage sein, den Markt zu übersehen. Für den Produzenten bzw. den Händler ist die Marktübersicht erforderlich, um richtig disponieren zu können, für den Verbraucher, um möglichst rationell einkaufen zu können. Der Verbraucher soll also in der Lage sein, durch Preis- und Qualitätsvergleich das jeweils für ihn günstigste Waren- oder Dienstleistungsangebot auszuwählen. Auf diese Weise sei in Anwendung auf die theoretische Erkenntnis die Gewähr geboten, daß die Partner aus dem Austausch am Markt die größtmöglichsten Vorteile haben würden.

Mit Absicht haben wir die Auffassung der herrschenden Wirtschaftspolitik, der Verbraucher sei "das Maß aller Dinge", unseren Betrachtungen zum Problem der Markttransparenz vorangestellt.

Wird der Verbraucher aber in Wirklichkeit seiner Aufgabe gerecht, besitzt er die erforderliche Marktübersicht, um Produzent und Händler entsprechend anzuspornen?

---

70) vgl. KLUG, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 66.

RÖPER meint hierzu, daß die Transparenz der einzelnen Märkte wie auch die zur Marktübersicht erforderlichen Fähigkeiten weit voneinander abweichen. "Im allgemeinen übersehen Konsumenten die Marktlage schlechter als Unternehmer", 71) denen auf Grund der beruflichen Ausbildung und der Erfahrungen über die speziellen Marktgegebenheiten allerdings unterschiedliche Fähigkeiten zur Marktbeurteilung gegeben sind. Man braucht hier z. B. nur Großindustrie und Handwerk miteinander zu vergleichen. "Noch unbestimmter und unrationaler sind aber viele Haushaltspläne und Konsumentenwünsche. Der individuelle Grenznutzen wird im Gegensatz zum Modell vielfältig beeinflußt oder - um es mit einem Werturteil auszudrücken - verfälscht durch Werbung, gesellschaftliche Anschauungen oder Modeströmungen, die zum Teil aus höchst rationalen Gründen durch die Unternehmer induziert werden. So ist der Begriff "Wahlfreiheit der Konsumenten" durchaus fiktiv. Die meisten durch eine Ladenstraße schlendernden Kaufwilligen haben nur ganz grobe Vorstellungen von ihren Wünschen, lassen sich durch Schaufensterauslagen anlocken und durch die Anpreisung eines geschickten Verkäufers derart beeinflussen, daß sie statt einer ursprünglich gewünschten Ware die vom Verkäufer empfohlene und vielleicht noch weitere Waren kaufen." 72)

Versuchen wir näher auf die unzulängliche Markttransparenz der Konsumenten einzugehen, so wäre festzustellen, wie die Bedürfnisse in Bezug auf Qualität und Zeit realisiert werden. Hier unterscheiden wir drei Kategorien:

1) Waren des täglichen Bedarfs, die also mit einer gewissen Regelmäßigkeit zur Anschaffung gelangen.
2) Waren, die in großen Zeitintervallen beschafft werden, und
3) Waren, die einmalig gekauft werden.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß, je entwickelter eine Volkswirtschaft, um so größer und differenzierter das Warenangebot ist. Dem Verbraucher werden also zur Auswahl für seine Anschaffung potentiell eine mehr oder weniger große Anzahl gleichartiger oder ähnlicher Waren angeboten. Dabei spielen aber für die Marktübersicht der Verbraucher eine ganze Menge von Gesichtspunkten eine Rolle, die verwirklicht sein müssen, wenn man von einer solchen sprechen kann. Voraussetzung des rationalen Einkaufes ist es aber nun, daß sich die Verbraucher eine Übersicht über Quantität und Qualität des Warenangebotes verschaffen. Hierzu ist jedoch die Beachtung von zwei wesentlichen Gesichtspunkten erforderlich.

---

71) vgl. RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952. S. 79.

72) vgl. RÖPER, Burkhardt: ebenda. S. 77.

1) Voraussetzung für eine ökonomische Auswahl vieler gleichartiger oder ähnlicher Waren ist die Fähigkeit des Preisvergleichs.

2) Voraussetzung für einen qualitativen Vergleich ist die Warenkenntnis.

Der preisliche und qualitative Vergleich verlangt aber von den Konsumen ten, daß sie in der Lage sind, sich subjektiven Beeinflussungen zu entziehen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Werbung, die Kundentreue und eine Reihe anderer psychologischer und soziologischer Faktoren. Hierzu äußert sich RÖPER, daß der Käufer zwar auswählen wolle, der Verkäufer aber vielfach durch Beeinflussung entscheidet. "Man sucht nach Vorzügen der angebotenen Ware und beachtet deshalb sachliche, örtliche und zeitliche oder psychologische Differenzierungen, die nicht rational begründet zu sein brauchen. Diese Erfahrung nutzt fast überall eine wirksame Reklame aus." 73)

Die zwei entscheidenden Voraussetzungen zur Markttransparenz von seit der Verbraucher, nämlich die Fähigkeiten des Preisvergleichs und der qualitativen Beurteilung der Waren, haben eine wesentliche Gemeinsamke die im Zeitmoment zum Ausdruck kommen. Der Verbraucher muß jedenfalls bei dem überwiegenden Teil der Einkaufshandlung die Möglichkeit haben, über Zeit zu verfügen. In Wirklichkeit ist aber gerade das Fehler ausreichender Zeit eine entscheidende Ursache für die vielfach fehlende Marktübersicht. Weiter ist erforderlich, daß der Verbraucher überhaupt die geistige Fähigkeit besitzt, rationell einzukaufen. Auch hier stoßen w teilweise auf natürliche Hindernisse. Wohl sei zugegeben, daß die Verbr gerade bei wertmäßig hohen bzw. einmaligen Ausgaben vielfach sich eine gewissen Sorgfalt in der Auswahl der angebotenen Waren angelegen sein sen. 74) Ob dabei aber alle Voraussetzungen zu einem ökonomischen Ver halten der Verbraucher gegeben sind, bleibt dahingestellt. Jedenfalls ka auch hier die Geschicklichkeit des Verkäufers, die Intensität der Werbu u.a. die Kaufentschlüsse mehr oder weniger beeinflussen. Dies um so m je geringer die Preisvorstellungen und die Qualitätskenntnisse und jegrö ßer das Vertrauen in den Verkäufer ist, in dem man vielfach nicht den Marktkontrahenten, sondern den fachkundigen Berater sieht. Typisch fü die mitunter vagen Vorstellungen der Konsumenten ist die weitverbreitet Auffassung, den tatsächlichen Wert nach dem Verkaufspreis einzuschätz

---

73) vgl. RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklung Berlin 1952. S. 78.

74) Das findet seine Erklärung z.B. auch darin, daß die Landbevölkeru bei größeren Anschaffungen die größeren Märkte in den Städten aufsucht.

"da sie den Preis für einen Qualitätsbeweis erachten. Man vertraut dem Verkäufer, daß er jede Ware mit dem Preis auszeichnet, die ihrem objektiven Wert entspricht. Wir wollen jedoch hier darauf hinweisen, daß es einen objektiven Wert nicht gibt. Manche Käufer sind davon überzeugt, daß viel Waren nur deshalb zu einem besonders billigen Preis angeboten werden, weil sie irgendwie fehlerhaft oder minderwertig sind." 75)

Alles in allem kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Markttransparenz auf der Seite der Verbraucher durch eine Reihe von Faktoren beeinträchtigt wird und deshalb von ökonomischen Einkäufen nicht oder nur mit großen Einschränkungen gesprochen werden kann.

b) Der Einfluß von Patenten, Lizenzen und Musterschutz

Die Verfasser des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vertreten in der Entwurfsbegründung die Auffassung, daß die Wettbewerbswirtschaft einzig und allein geeignet sei, den wirtschaftlichen Fortschritt und die Leistungsfähigkeit der Wirtschaft in besonderem Maße zu forcieren. Das läßt sich aus dem Modell der Wettbewerbswirtschaft ohne weiteres herleiten. Die Unternehmer, die am Markt tätig sind, ihre Erzeugnisse herstellen bzw. die Waren an den Letztverbraucher bringen, werden bemüht sein, ihre Marktposition zu behaupten und zu verbessern. Der Preis ist in der Marktform der vollständigen Konkurrenz als ein Datum anzusehen.

Nun ist in der modernen Industriewirtschaft der technische Fortschritt insbesondere dadurch gekennzeichnet, daß erhebliche Investitionen notwendig sind, um technische Neuerungen zu entwickeln und später am Markt durchzusetzen. Wenn ein Unternehmer eine technische Idee zu verwirklichen sucht und hierzu erhebliche Investitionen aufwenden muß, so hat er größtes Interesse daran, daß seine in die Wirklichkeit umgesetzte Idee später einen Rechtsschutz erhält, der es ihm ermöglicht, die aufgewendeten Kosten für seine Bemühungen zu amortisieren. Diese Möglichkeit ist dem Unternehmer durch den Rechtsschutz der Patente, Lizenzen und Muster gegeben. Der Rechtsschutz ist vielfach ein zeitlich begrenzter Schutz, der es aber einem Mitbewerber verbietet, genau mit denselben Erzeugnissen am Markt aufzutreten. Streng genommen, hat also der Besitzer eines Patentes auf irgendeinem Gebiet der Erzeugung eine Monopolstellung inne. Diese Monopolstellung ist für die Laufzeit des Schutzes zeitlich begrenzt.

Es könnte nun eingewendet werden, daß durch den wirtschaftlichen und vor allen Dingen durch den technischen Fortschritt beflügelt, auch andere

---

75) vgl. RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952. S. 113.

Unternehmer versuchen, neue und ähnliche Erzeugnisse zu entwickeln und schließlich zu produzieren und für diese Artikel ebenso Patent- oder Musterschutz zu erlangen. Damit ist die Situation des vollständigen Wettbewerbs aber bereits verzerrt; denn von der Seite des Verbrauchers kann bei gleichartigen Patenten oder mustergeschützten Erzeugnissen nicht mehr ein unmittelbarer Vergleich gezogen werden. Zumindest muß also die Wettbewerbssituation eine Abwandlung von gleichen zu ähnlichen Erzeugnissen erfahren, d.h., es werden am Markte nicht mehr gleiche, sondern ähnliche Erzeugnisse miteinander verglichen und preislich in Beziehung gesetzt. Dieser Tatbestand erschwert zweifellos den Verbrauchern die Wahl, die Möglichkeit des unmittelbaren Preisvergleichs und schließlich des qualitativen Vergleichs.

Man könnte nun entgegenhalten, daß nach Ablauf der Schutzfrist eine Wettbewerbssituation im Sinne der vollständigen Konkurrenz gegeben ist. Hierbei muß aber festgestellt werden, daß bei dieser Betrachtung der technische Fortschritt nicht genügend beachtet wird. Wenn Patente und Muster in ihrer Schutzfrist abgelaufen sind, dürfte offenbar sein, daß das Schutzinteresse des Unternehmers nicht mehr gegeben ist, so daß die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß das geschützte Erzeugnis nicht mehr die Absatzerfolge bringt, wie es bei Erlangung des Rechtsschutzes besessen hatte.

Ein Rechtsschutz für die Verwirklichung technisch-fortschrittlicher Ideen ist in einer modernen Industriewirtschaft nicht mehr wegzudenken. Jeder, selbst der wettbewerbsinteressierte Unternehmer, legt Wert darauf, daß seine technischen Indeen, die eine besondere Leistung darstellen, einen Schutz erhalten, und zwar in erster Linie - wie schon ausgeführt - um die heute mitunter beträchtlichen Entwicklungskosten durch die Möglichkeit des Rechtsschutzes zu amortisieren. Wollte man im Interesse der Herstellung möglichst vollständiger Konkurrenz auf diesen Rechtsschutz verzichten, so wäre zweifellos die Folge, daß die Unternehmer das Interesse an der Forcierung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts verlieren würden. Eine Einengung dieses Rechtsschutzes würde erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen. Wir sind also deshalb der Auffassung, daß ein Rechtsschutz für Patente, Lizenzen und Muster auch innerhalb der Wettbewerbswirtschaft in dem gegebenen Umfange gewährt werden muß. Wir haben aber gesehen, daß ein solcher Rechtsschutz darauf hinausläuft, daß hierdurch der unmittelbare Wettbewerb zwischen gleichen Erzeugnissen beeinträchtigt wird. Dieser Tatsache ist im Verlauf der Kartelldebatte und den Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu wenig Beachtung geschenkt worden.

c) Die Werbung und ihre Auswirkung

Als die Klassiker ihr Modell der vollständigen Konkurrenz entwickelt hatten, gab es in der Wirklichkeit noch keine einschneidende Bedeutung dessen, was wir heute mit Werbung oder Reklame bezeichnen. Die Werbung ist eine Erscheinung der Industrialisierung und der hierdurch bedingten Herausbildung von Märkten für den Massenkonsum. Dabei läßt sich folgende Entwicklungslinie aufzeigen. "Seit Ende des 19. Jahrhunderts verlagerte sich das Schwergewicht der Konkurrenz der Unternehmer von einer Verbesserung und Verbilligung der Produktion zu einer Verfeinerung der Methoden der Absatzerweiterung, der aktiven Verkaufs- und Reklamestrategie. Von einer mehr oder weniger primitiven Anzeige der Verkaufsbereitschaft und Konsumentenaufklärung ging man zu einer mit allen Hilfsmitteln der modernen Psychologie und Soziologie arbeitenden aggressiven Verkaufspolitik über." 76)

Die Zielsetzungen der Werbung ergeben sich ohne weiteres aus dem Bestreben der Unternehmer, ihren Absatz zu halten bzw. zu vergrößern. In der Gesamttendenz ist daher festzustellen, daß die Werbung dazu geführt hat, daß sie zugleich mit der räumlichen und sachlichen Ausweitung der Märkte als wesentliches Kostenelement innerhalb der Wirtschaft Eingang gefunden hat. Das hat dazu geführt, daß im Vergleich zu den Anfängen der Industrialisierung die Absatzkosten ein ständig steigendes Gewicht erhalten haben. Diese Tatsache wäre an sich für die Wettbewerbswirtschaft nicht bedenklich; denn die Werbung selbst von allen Unternehmern in gleichem Maß unter Einhaltung einer gewissen Objektivität angewandt, würde die Wettbewerbssituation nur wenig ändern. Die Gefahren der Werbung für die Wettbewerbswirtschaft liegen jedoch auf anderen Ebenen:

1) Eine geschickte Werbung kann die Konsumenten in ihrer Urteilsfähigkeit beeinflussen.

2) Damit wird der echte Leistungswettbewerb verschoben.

3) Die Werbung schließt die Möglichkeit zu unlauterem Wettbewerb in sich, wobei sich selbst das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (UWG) als unzureichend erwiesen hat.

Die Werbung kann zwar einerseits wettbewerbsfördernd sein, d.h. dazu beitragen, daß die Herausbildung örtlich und sachlich bedingter Monopolsituationen verhindert wird. Sie hat aber doch andererseits insofern eine wettbewerbsschädigende Wirkung, als sie auf den Konsumenten eine

---

76) vgl. RÖPER, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952. S. 162.

beeinflussende Wirkung ausübt. Wirkt die Werbung einerseits beeinflussend auf den Konsumenten, so ist auf der anderen Seite festzuhalten, daß sie auch innerhalb der Konkurrenz zwischen den Anbietern ihre besondere Problematik hat. Ziel der Werbung ist es doch, einer Ware einen besonderen Vorteil zu verschaffen. Auch für das Problem der Preisbindung zweiter Hand ist die Werbung von besonderer Bedeutung. Zumeist wird die Preisbindung zweiter Hand damit verknüpft, daß die Werbung einheitlich von den Produzenten gesteuert wird; damit aber ergibt sich eine weitere Verschiebung der Wettbewerbslage, nämlich in der Weise, daß die einzelnen Produzenten von Konsumgütern (sogenannten Markenartikeln) mit dem Verbraucher über die Stufe des Handels in Wettbewerb treten. Wenn dem Handel dabei ein auskömmlicher Rabatt gewährt wird, hat vor allem der nichtleistungsfähige Handel ein Interesse daran, sich zu binden, weil er gegenüber dem leistungsfähigen Handel für die gleichen Artikel im Hinblick auf die Rabatthöhe gleichgestellt ist. Dies wiederum hat zur Folge, daß so der erwünschte Wettbewerb in der Sphäre des Handels notwendigerweise ausbleiben muß.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die Werbung ebenfalls eine außerordentlich starke, den Wettbewerb beeinflussende Erscheinungsform darstellt, die von der Wirklichkeit aus betrachtet eine erhebliche Abweichung von dem Modell der vollständigen Konkurrenz bedeutet.

## § 14 Zusammenfassung zur Beurteilung des Kartellproblems

In dem vorangegangenen Abschnitt haben wir uns eingehend mit der Problematik der Markttransparenz befaßt, sind hierbei auf die örtlichen und qualitativen Differenzierungen eingegangen und haben dann diese in ihren Auswirkungen in erster Linie auf den Konsumenten untersucht. Anschließend haben wir den Einfluß von Patenten, Lizenzen und Musterschutz in ihren Auswirkungen auf den realen Ablauf der Wirtschaft darzustellen versucht und sind schließlich auf die Werbung und ihre Auswirkungen näher eingegangen. Wir haben dabei festgestellt, daß in der Wirklichkeit des Wirtschaftslebens zwar Märkte zu finden sind, bei denen annähernd die Bedingungen der reinen Konkurrenz erfüllt sein mögen, daß aber die Zahl dieser Märkte relativ eng begrenzt ist. Es wird an späterer Stelle im Zusammenhang mit dem Substitutionsproblem noch darzulegen sein, daß auch reine Monopolmärkte in der klassischen Modellform ebenfalls sehr selten anzutreffen sind. Beeinflußt durch die örtlichen und qualitativen Differenzierungen, durch den Rechtsschutz für Patente und Muster, sowie die Werbung sind in der Wirklichkeit die Zwischenformen vorherrschend. Auch RÖPER ist der Auffassung, daß in den modernen Industriestaaten teilolig polistische Märkte verknüpft mit monopolistischen Elementen in den unterschiedlichsten Variationen auftreten. Hieraus ergeben sich aber mehr od

weniger weite Spielräume für die Preis-, Qualitäts- und Absatzgestaltung. Soll eine echte Wettbewerbssituation am Markt bestehen, so müssen so viele Anbieter und Nachfrager am Markt auftreten, daß der Einfluß des Einzelnen auf die Preisgestaltung unbedeutend bleibt. In der ökonomischen Wirklichkeit ist es aber so, daß nicht allein die Quantität von Anbietern und Nachfragern entscheidet, sondern eine Vielzahl von Voraussetzungen gegeben sein müssen, um eine echte Wettbewerbswirtschaft herzustellen. Diese sind aber in der Realität des Wirtschaftslebens nicht gegeben.

# KAPITEL IV

## DER KARTELLGESETZENTWURF IN DER DISKUSSION

**Vorbemerkung:**

Der Gesetzentwurf gegen Wettbewerbsbeschränkungen war einer der um
strittensten Entwürfe in der Geschichte der Gesetzgebung innerhalb der
Bundesrepublik. Nichts belegt diese Tatsache eindeutiger als der Um-
stand, daß der Gesetzentwurf zwar innerhalb von vier Jahren viele Ab-
änderungen erfahren hat, aber erst 1957 zum Gesetz geworden ist.
Ernsthafte wissenschaftliche Auseinandersetzungen auf der einen und e
seitige Interessenstandpunkte auf der anderen Seite finden wir als Dis-
kussionsbeiträge zu diesem Problem. Das harte Ringen um das Für und
Wider hat zuweilen zu manchen Unsachlichkeiten und polemischen Äuße-
rungen geführt. Man ging dabei soweit, je nach den Standpunkten, zwi-
schen Kartellfreunden und Kartellfeinden zu unterscheiden.

Sinn einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung kann nur sein, mit al
Objektivität das zu untersuchende Problem von allen Seiten zu beleuchte
und bei kritischer Würdigung der Diskussionsbeiträge Interessenstandp
te als solche zu erkennen und auszuschalten.

Ziel des Gesetzentwurfs gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist, innerha
der gegebenen Wirtschaftsordnung der "Sozialen Marktwirtschaft" einen
Wirtschaftsablauf anzustreben, der ein Optimum an Produktivität und L
stung sowie an technischem Fortschritt gewährleistet. Nach Auffassung
der Verfasser des Gesetzentwurfs ist dieses Ziel nur innerhalb der fre
en Wettbewerbswirtschaft zu erreichen, die zugleich dem Verbraucher
nach dessen Bedürfniswünschen produziert werden soll, die preisgüns
ste Versorgung mit Waren gewährleistet. Der Weg, um die freie Wettbe
werbswirtschaft sicherzustellen, muß durch einen gesetzlichen Rahmen
geebnet sein. Als Mittel soll der Gesetzentwurf des Gesetzes gegen We
bewerbsbeschränkungen dienen. In diesem Zusammenhang verdient be-
sondere Beachtung, daß ein Gesetz geschaffen werden soll, das keinen
bestehenden Zustand verändern, sondern eine konsequente Weiterführu
der Wirtschaftspolitik innerhalb der Sozialen Marktwirtschaft der Bund
republik unterstützen soll. Die Verfasser des Gesetzentwurfs sind der
Auffassung, daß man mit der herrschenden Wirtschaftsordnung in der B
desrepublik so gute Erfahrungen gemacht habe, daß diese Ordnung zu e
halten und zu schützen sei.

Nachdem wir in den vorangegangenen Abschnitten eine Reihe wichtiger
Vorfragen zur Bearbeitung des Kartellproblems innerhalb der Wirtsch

ordnung der Sozialen Marktwirtschaft Westdeutschlands besprochen haben, sollen nun nachfolgend die geäußerten Auffassungen in der Gegenüberstellung des Für und Wider das Kartellverbot zu Wort kommen. Dabei soll zugleich auch unserer Meinung zu diesem Problem Ausdruck gegeben werden.

Die im Verlaufe unserer bisherigen Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse werden wir dabei mit einflechten.

§ 15 Was spricht für Kartellverbot?

Wie bereits erwähnt, soll der Sinn des Gesetzes darin bestehen, den Leistungswettbewerb innerhalb des Ordnungsgefüges der Sozialen Marktwirtschaft zu sichern, den Bestand der Wettbewerbswirtschaft zu gewährleisten und damit zugleich alle Beschränkungen des Wettbewerbs zu verhindern. Man geht davon aus, daß bei vollständiger Konkurrenz der einzelne Unternehmer nicht in der Lage ist, einen individuellen Einfluß auf die Preisbildung zu nehmen. Um am Markt wettbewerbsfähig zu bleiben, müssen die beteiligten Unternehmungen ständig bemüht sein, ihre Leistungen zu verbessern. Die Konsumenten kaufen die Waren, die ihnen am preisgünstigsten angeboten werden, und für keinen der Marktpartner besteht Anlaß sich zu beklagen. Soweit das Modell.

Im Verlauf unserer bisherigen Untersuchungen haben wir aber gesehen, daß sich in der Wirklichkeit zumeist Marktsituationen unvollständigen Wettbewerbs ergeben, die zur Entstehung starker und schwacher Gruppen geführt haben. Wenn auf den unvollkommenen Konkurrenzmärkten in der Rivalität zwischen den Wettbewerbern gleichfalls Qualität und Preiswürdigkeit der Waren den Ausschlag geben würden, dürfte immer noch kein Anlaß zu kritischen Einwänden bestehen. Nun ist aber festzuhalten, daß die Unternehmer allgemein das Gewinnstreben als das ursprüngliche Motiv ihres wirtschaftlichen Handelns im kapitalistischen System betrachten. Damit spricht aber die Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie auf Märkten unvollkommener Konkurrenz den Preis zu erzielen versuchen, der eben noch realisiert werden kann. Die Unübersichtlichkeit der Märkte, die Machtgruppierungen innerhalb der Wirtschaft, die Unkenntnis auf seiten der Konsumenten u.a. haben daher eine Marktwirklichkeit geschaffen, die mit dem Modell nur noch sehr wenig gemein hat.

Die Verfechter der Verbotsgesetzgebung bauen in ihrer Begründung auf den Erfahrungen auf, die mit dem System der Marktwirtschaft seit der Währungsreform in der Bundesrepublik gemacht worden sind. Sie glauben daraus herleiten zu können, daß die freie Unternehmerwirtschaft, die freie Preisbildung und die freie Konsumwahl das leistungsfähigste und

der Wohlstandsförderung am ehesten dienende Wirtschaftssystem sei. Hie
wäre nun die Frage zu stellen, ob sich die Entwicklung der westdeutsche
Wirtschaft seit der Währungsreform im Sinne einer echten Wettbewerbswi
schaft vollzogen hat. Wir glauben, diese Frage verneinen zu müssen. Da
bei ist entscheidend, daß mit der Entwicklung der westdeutschen Wirtsch
das Problem der wirtschaftlichen Macht eine ständig wachsende Bedeutun
eingenommen hat. Theoretisch ist es zwar denkbar, wirtschaftliche Mäch
tegruppierungen unter Kontrolle zu halten und überall dort, wo sie sich
für die Marktkontrahenten ungünstig auswirkt, von vornherein zu verbiet
Ob dies auf dem Wege einer Verbotsgesetzgebung möglich ist, soll an die
Stelle noch nicht beantwortet werden. Zur Abrundung des Bildes über di
Herausbildung wirtschaftlicher Macht dürfte eine weitere Feststellung vo
besonderem Interesse sein. In der Zeit, zu der sich die Verfasser des G
setzentwurfes zu einer grundsätzlichen Verbotsgesetzgebung entschließe
wollen, waren bereits wirtschaftliche Machtgruppierungen an den Märkte
vorhanden bzw. im Gange. Dies aber führt zwangsläufig dazu, daß ein be
stehender Zustand wirtschaftlicher Macht a priori anerkannt wird. In die
sem Zusammenhang haben wir uns mit der Frage auseinanderzusetzen, o
hier nicht ein generelles Kartellverbot problematisch wird, weil durch
Gleichheit in den Wettbewerbsbedingungen unterschiedliche Marktpositio
keineswegs zu beseitigen sind.

Im Hinblick auf die Kartellzusammenschlüsse stehen die Verfechter der
Verbotsgesetzgebung auf dem Standpunkt, daß diese letzten Endes zu dem
Zweck erfolgen, kollektivistische Preisbindungen einzugehen, sei es di
über Preisvereinbarungen oder indirekt über Kontingentierungen. Durch
derartige Kartellabmachungen wollen sich die Mitglieder der Kartellorga
nisationen den Schwankungen und Wandlungen des Marktes entziehen. Da
"kann nur zur Verhärtung und Vertiefung von Störungen und Spannungen
und muß letzten Endes zur Planwirtschaft führen". 77)

ERHARD vertritt die Auffassung, daß die Anpassungsbeweglichkeit an
wechselnde Marktlagen nur den im Wettbewerbskampf stehenden Einzel-
unternehmern möglich sei.

Die Kartelle haben also in der überwiegenden Zahl direkt oder indirekt
preisliche Zielsetzungen. Dabei hängt es aber von der jeweiligen Markt-
situation ab, inwieweit diese Zielsetzungen darauf hinauslaufen, die

77) vgl. ERHARD: "Offener Brief an den Präsidenten des Bundesver-
bandes der Deutschen Industrie vom 10.7.1952".
(Aus KLUG: "Der Streit um die Kartelle und Kon-
zerne") S. 51.

Preise unangemessen hochzuhalten und eine Pfründenpolitik zu betreiben. Es bleibt unbestritten, daß das unternehmerische Streben nach optimaler Gewinnerzielung im Kartellzusammenschluß mitunter besser verwirklicht werden kann, als vom einzelnen Unternehmer. Voraussetzungen für eine Pfründenpolitik sind jedoch das Vorhandensein gewisser Marktgegebenheiten, die auf eine monopolartige Stellung am Markt hinauslaufen. Das bedeutet, daß nicht jedes Kartell Übergewinne erzielen kann, sondern nur diejenigen, die durch den Zusammenschluß eine solche Stellung am Markt erlangen können. Dabei dürfte von Interesse sein, ob das Kartell durch den Zusammenschluß allein zur monopolartigen Stellung gelangt ist oder durch Machtanwendung gegenüber den Mitbewerbern bzw. den Lieferanten und Kunden. Zweifellos ist ein diskriminierendes Verhalten des Kartells gegenüber den wirtschaftlichen Kontrahenten zu verurteilen. Hier dürfte das Verbot derartiger Zusammenschlüsse die einzige Konsequenz darstellen.

In diesem Zusammenhang sei jedoch noch auf eine gewisse Problematik verwiesen. Das diskriminierende Verhalten gegenüber den Mitbewerbern oder den wirtschaftlichen Kontrahenten gilt nicht nur speziell für Kartelle, sondern auch für Konzerne, Trusts und andere marktbeherrschende Unternehmungen oder Zusammenschlüsse. "In der wirklichen Wirtschaft ist die nicht kartellmäßige Machtbildung außerordentlich vielgestaltig. Hier wächst ein einzelnes Unternehmen infolge seiner Größe in eine Machtstellung hinein, dort kaufen an sich schon große Unternehmungen mehrere kleine oder mittlere Unternehmungen auf, dort gliedern sich Betriebe der verarbeitenden Industrie, Betriebe der vorgelagerten Industrie oder des Groß- und Einzelhandels an, dort bedienen sich Unternehmen der Möglichkeit des Aktienrechts, der Beteiligungstechnik, der Verschachtelungskunst und verschaffen sich so einen beträchtlichen Markteinfluß." 78)

Soweit dies alles auf legalem Wege erfolgt, kann man eine Verstärkung der Marktmacht nicht verbieten. Auch der Gesetzentwurf gegen Wettbewerbsbeschränkungen bietet hierzu keine Handhabe. Es erhebt sich hier die berechtigte Frage, wer solchen Unternehmen mit bedeutender Macht und Marktgewicht eine Pfründenpolitik verwehren kann, wenn sie ohne Diskriminierung der Marktpartner erfolgt. Wir kommen damit zu einer sehr entscheidenden Abgrenzungsfrage. Kartelle sollen nach dem Willen der Verfechter des Gesetzentwurfs verboten werden, weil sie Kartelle sind, Konzerne dagegen nicht, auch wenn sie ihre wirtschaftliche Machtstellung auszunützen in der Lage sind. Durch das Kartellverbot werden indirekt alle anderen Konzentrationsformen unterstützt.

---

78) vgl. KLUG, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953. S. 86.

Im Zusammenhang mit der Frage, was für ein Kartellverbot spricht, soll noch auf das Problem der sogenannten Durchkartellierung näher eingegangen werden. Bei einer ungehinderten Zulassung von Kartellen kann unter Umständen der Fall eintreten, daß die Kartellierung immer weitere Kreise zieht. So wäre es denkbar, daß wirtschaftliche Verbände sich berechtigt fühlen, ihren Mitgliedsfirmen Preise zu empfehlen. Wenn nun mehrere Verbände aus Gründen des Wettbewerbs von der Möglichkeit derartiger Preisempfehlungen Gebrauch machen würden, "so wäre die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß schließlich in der gesamten Wirtschaft die Verbände mit Preisempfehlungen operieren würden und so ein Zustand eintreten könnte, der einer Durchkartellierung nahe kommen würde. Wenn man sich noch so sehr gegen ein Kartellverbot wendet, muß man sich andererseits bewußt sein, daß eine Durchkartellierung zu einer Erstarrung der Marktsituation führen müßte. Kartelle sind zwangsläufige Gebilde der Marktwirtschaft, die sich gegen Ausartungen des Wettbewerbs wehren. Als generelle Erscheinung wären sie mit der Marktwirtschaft schwerlich vereinbar." 79) Will man nicht die Marktwirtschaft zu Gunsten einer gebundenen Wirtschaftsordnung aufgeben, so wäre eine Durchkartellierung nur mit einem Verbot zu ahnden.

Zusammenfassend sei also festgestellt, daß gewisse Auswirkungen von Kartellzusammenschlüssen grundsätzlich zu verbieten sind, wenn konsequent an der Wirtschaftsordnung der "Sozialen Marktwirtschaft" festgehalten werden soll. Da wir das Kartellproblem im Zusammenhang mit dieser Wirtschaftsordnung untersuchen, vertreten wir die Auffassung, daß die mißbräuchliche Anwendung wirtschaftlicher Macht und die Durchkartellierung zu verbieten sind. Ob dies mit einer Verbotsgesetzgebung oder mit einer Mißbrauchsgesetzgebung in einer wirkungsvollen Weise geschehen kann, soll an späterer Stelle noch eingehend untersucht werden.

Zu dem Problem der Erzielung von Übergewinnen durch Kartellzusammenschlüsse haben wir dargelegt, daß diese in der wirklichen Wirtschaft bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen nicht ursächlich mit den Kartellzusammenschlüssen zusammenhängen müssen. Übergewinne sind ebenso denkbar bei Unternehmungsformen und Unternehmungszusammenschlüssen, die von der Verbotsgesetzgebung nicht betroffen sind, und auch ohne daß die mißbräuchliche Anwendung wirtschaftlicher Macht gegeben zu sein braucht. Auch zu diesem Problem wird in den nachfolgenden Ausführungen noch ausführlich Stellung zu nehmen sein.

---

79) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 78.

## § 16 Was spricht gegen Kartellverbot?

Nach dem Willen der Verfasser ist es Ziel des "Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", die Wirtschaftsordnung der "Sozialen Marktwirtschaft" zu festigen. Dies soll durch die Sicherung einer freien Wettbewerbswirtschaft erreicht werden. Nun spielt aber neben der Frage der Wirtschaftsordnung, die nach der rechtlichen Ordnung eine besondere Rolle. Bei einer näheren Untersuchung der im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland verankerten Grundrechte menschlicher Betätigung finden wir zwar nicht ausdrücklich ein Recht auf Wettbewerbsfreiheit verankert, wohl aber das der Vertrags- und Vereinigungsfreiheit. Nach der Auffassung GEIGERS 80) hat man aber die Wettbewerbsfreiheit gelegentlich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes abgeleitet und die Behauptung aufgestellt, diesem Freiheitsrecht gebühre Vorrang vor der Vertrags- und Vereinigungsfreiheit. Man postulierte hieraus, daß ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit verstoßen würde. Nach der Meinung GEIGERS hält aber diese Argumentation einer kritischen Prüfung nicht stand; denn das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit gibt seinem Träger innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit nicht weniger, aber auch nicht mehr, als das Recht, selbst zu entscheiden, ob und in welcher Weise er sich innerhalb des Bereiches der Wirtschaft betätigen will und entsprechend dieser freien Entscheidung zu handeln. Nun könnte an sich eingewendet werden, daß die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit dort ihre Begrenzung finden müsse, wo die Freiheit anderer wirtschaftlicher Gruppen ins Hintertreffen gerate und hierdurch absolute Abhängigkeit entstehen könnte. Dies aber wolle man gerade durch die Sicherung des freien Wettbewerbs vermeiden. Wenn die wirkliche Wirtschaft ebenso ablaufen würde, wie nach der Modellkonstruktion, dann wäre diese These ohne weiteres aufrechtzuerhalten. Da es aber in der Wirklichkeit keinen Wettbewerbsautomatismus gibt, läßt sich auch keine wirtschaftliche Machtgruppierung verhindern. Die unterschiedliche Machtverteilung kann nun soweit führen, daß es starke und schwache Marktparteien gibt. Daraus ergibt sich die Konsequenz, daß die Wettbewerbsfreiheit für die Schwaschen Unfreiheit bedeutet. Nun ist aber der Gesetzentwurf insoweit inkonsequent, als man nämlich erkannt hat, daß die Wettbewerbsfreiheit in gewissen wirtschaftlichen Situationen nicht geeignet sei, einen optimalen Wirtschaftsablauf zu sichern und zieht daraus die Folgerung, daß sich

---

80) vgl. GEIGER, W.: "Verfassungsrechtliche Grenzen der Kartellgesetzgebung". Art. in Anlage zum Schnelldienst des Deutschen Industrieinstituts Nr. 41 v. 27.5.55.

dann eine Koalitionsförderung als zweckmäßig erweise (z.B. Krisenkartell). Dies würde also eine Durchbrechung der Wettbewerbsfreiheit durch die Vertrags- und Vereinigungsfreiheit bedeuten. Nach der Auffassung GEIGERS müßte dies dazu führen, daß das Prinzip der Freiheit vom Staat und den Rechtsfähigen reglementiert wird, und das führe dann praktisch dazu, daß es im Keim zerstört wird.

Der Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt eine Unterbindung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht. Dies soll einerseits präventiv dadurch erfolgen, daß Kartelle generell verboten werden sollen, andererseits soll aber auch die diskriminierende Anwendung wirtschaftlicher Macht geahndet werden. Hierzu sei zunächst festgestellt, daß damit gleichzeitig anerkannt wird, daß in der wirklichen Wirtschaft Machtgruppen existent sind. Nun ergibt sich hier eine Problematik von besonderer Tragweite; denn ebenso wie auf der einen Seite von den Befürwortern des Verbotsprinzips eingewendet wird, eine Mißbrauchsgesetzgebung sei deswegen problematisch, weil sich der Mißbrauch nicht definieren und in dem vielfältigen Geschehen der wirklichen Wirtschaft eindeutig abgrenzen ließe, kann der Gesetzentwurf auf die gleiche Weise kritisiert werden, daß nämlich die mißbräuchliche Anwendung wirtschaftlicher Macht außerhalb von Marktregelungsverbänden nicht strikt abzugrenzen ist. Man denke in diesem Zusammenhang z.B. an Zulieferbetriebe und selbständige Hausgewerbetreibende. Nicht von ungefähr mußten zur Selbsterhaltung letzterer umfangreiche Schutzgesetze erlassen werden. Bei Inkrafttreten des Gesetzentwurfes in seiner jetzigen Form wären diese Kleinbetriebe mächtigen Lieferanten, Abnehmern oder Konkurrenten ausgesetzt, ohne die Möglichkeit zu haben, sich wirksam zur Wehr zu setzen; denn Kartellabsprachen sind nach der Fassung des Entwurfs verboten. Das System der Gegenkräfte kann also nicht wirksam werden, es sei denn bei illegalen Zusammenkünften, auf denen vereinbart wird, keine Aufträge unter einem bestimmten Mindestpreis entgegenzunehmen. Hier aber genügen bereits ein oder wenige Mitbewerber, denen die Existenzangst im Nacken sitzt oder die über Kostenvorteile verfügen, um derartige Absprachen von vornherein scheitern zu lassen.

Sehen wir ab von den im vorigen Abschnitt besprochenen Kartellpraktiken mißbräuchlicher Anwendung wirtschaftlicher Macht und dem Problem der sogenannten Durchkartellierung, die aber in der Geschichte der Kartellentwicklung nicht am Anfang stehen, so waren die Kartelle im allgemeinen "ein tauglicher Versuch, privat- und volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbs auszuschalten. Die Kartelle sind eine sinnvolle und notwendige Erscheinung der staatlich nicht gelenkten und durch starke Dynamik gekennzeichneten industriellen Wirtschaftsentwicklung. Dabei soll unter "Dynamik" zweierlei verstanden werden: einmal der technische

Fortschritt mit seinen zwangsläufigen Folgen der Vergrößerung der Betriebseinheiten und der relativen Bedeutung der stehenden Anlagen und der fixen Kosten, das andere Mal die damit zusammenhängenden Erscheinungen der Gleichgewichtsschwankungen (Konjunktur, Depression, Krisen). Diese Dynamik hat notwendigerweise ruinösen Wettbewerb zur Folge." 81) Man muß sich darüber im klaren sein, daß Kartelle innerhalb des kapitalistischen Systems - wie wir früher festgestellt haben - als Abwehrorganisationen aufzufassen sind, daher auch die vielgenannte Bezeichnung: "Kartelle sind Kinder der Not". Daß der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht ein relativer Begriff ist, verdeutlicht das Beispiel des Streikrechts der Gewerkschaften. Ohne weiteres ließen sich hier bei einem Streik von längerer Dauer und größerem Umfange mit bedeutenden Produktionsausfällen je nach dem Standpunkt des Beurteilers Mißbrauch auf der einen und Befürwortung auf der anderen Seite als Auffassungen herauskristallisieren. Dabei wählen wir dieses Beispiel bewußt, weil die Gewerkschaften aus dem Geltungsbereich des Gesetzes herausgenommen sind. Hier zeigt sich deutlich eine Spaltung, die sich durch den Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zieht; denn wie soll hier entschieden werden, ob Mißbrauch vorliegt oder nicht. "So oft und leicht der Begriff des Mißbrauchs verwandt wird, so schwer ist er zu fassen, da es keinen a b s o l u t e n Mißbrauch gibt, der stets und überall gültig ist. Der Begriff des Mißbrauchs ist ein rein relativer Begriff. Was heute als ein Mißstand angesehen wird, galt in früherer Zeit oder künftig als ein Segen. Vorgänge, die in einem Land verdammt werden, werden in einem anderen begünstigt." 82) Auch hier zeigt sich die Inkonsequenz des Entwurfs gegen Wettbewerbsbeschränkungen; denn wirtschaftliche Macht tritt nicht nur in Kartellen, sondern auch bei marktbeherrschenden Unternehmungen auf, sei es bei Einzelunternehmungen, Konzernen oder Interessengemeinschaften. "Ein Mißbrauch von Konzernen oder Interessengemeinschaften ist schwerer festzustellen und zu bekämpfen als von Kartellen, da Konzerne auf dem Markt als Käufer und Verkäufer auftreten und jeder Eingriff zu leicht zu einem Kontrahierungszwang führen kann, mit welchem das Gebiet der Marktwirtschaft verlassen und das Feld der Planwirtschaft betreten würde." 83)

Wir kommen also nicht um die Feststellung, daß im freien Wettbewerbskampf das Recht des Stärkeren gilt. "Der kapitalkräftige Großbetrieb vermag den Schwächeren niederzukonkurrieren, wenn er als Wettbewerber gegenübertritt und er vermag ihn auszusaugen, wenn er Abnehmer oder

---

81) vgl. PÜTZ, Theodor: "Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung". Wien 1948. S. 227.

82) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 138.

83) vgl. METZNER, MAX: ebenda. S. 138.

Lieferant des Konkurrenzbetriebes ist. Der wirtschaftlich Stärkere ist aber nicht immer der volkswirtschaftlich Wertvollere." 84) Wir teilen hier die Meinung ISAYS. Die Entwicklungsgeschichte des industriellen Kapitalismus der letzten 150 Jahre liefert Beispiele rücksichtsloser Ausnützung wirtschaftlicher Macht in vielfältiger Weise. Wir brauchen hier nur an die vorstehend zitierten Beispiele der Zulieferbetriebe und an die Hausgewerbetreibenden zu erinnern.

Wir glauben nicht, daß sich die Mentalität der Großunternehmer im Laufe der Zeit so gebessert hat, daß die Ausnützung wirtschaftlicher Macht gegenüber den schwachen Marktpartnern als ein Gebot der Fairness zu unterbleiben habe. Wenn auf gewissen Gebieten die Auswüchse zurückgegangen sind, so geht dies in erster Linie auf das Konto der Schutzgesetze.

"Von Natur aus sind die K a r t e l l e d i e G e g e n s p i e l e r marktbeherrschender Einzelunternehmen. Sind letztere einem zersplitterten Mittel- oder Kleingewerbe als Lieferant vor- oder nachgeordnet, so wird durch den kartellmäßigen Zusammenschluß der vielen Einzelbetriebe ein großer gleichartiger Machtfaktor ebenso geschaffen, wie einst die Arbeiterschaft durch die Gewerkschaft eine Macht wurde, die mit dem Arbeitgeber auf gleichem Fuß verhandeln konnte. Gehören Groß- und Kleinbetriebe derselben Stufe an, so wird durch die Kartellierung letzterer erreicht, daß sie in einem kalten Krieg den Großunternehmen nicht von vornherein unterlegen sind, da die Kosten umgelegt werden können."8

Wir haben gesehen, daß die Anwendung wirtschaftlicher Macht durch den vorliegenden Gesetzentwurf keineswegs gebannt ist. Die unterschiedliche Startbedingungen führen und werden auch in Zukunft bei der Entfaltung freien Wettbewerbs in der ökonomischen Wirklichkeit zur Herausbildung starker und schwacher Marktparteien führen. Wir sehen ferner, daß durch das Kartellverbot zwar die Bildung wirtschaftlicher Mächtegruppen verhindert werden soll; damit ist aber noch keine Gewähr geboten, daß sich in der wirklichen Wirtschaft das Problem der wirtschaftlichen Macht lösen läßt. Eine mißbräuchliche Anwendung wirtschaftlicher Macht von marktbeherrschenden Unternehmungen oder von solchen Unternehmungen, die nicht in den Bereich des Kartellverbots fallen, auf andere Bereiche, die im Kartellverbot betroffen werden, kann durch die Entfaltung der Wettbewerbswirtschaft nicht gebannt werden; auch wenn Mißbrauch oder die Diskriminierung der Marktpartner unter Strafe gestellt wird. Man kann also nicht auf der einen Seite wirtschaftliche Macht von vornherein verbieten und auf der anderen Seite dulden. "Man muß entweder die Entwicklung der Markt-

---

84) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 12.
85) vgl. ISAY: ebenda. S. 15.

verbände in ihrer grundsätzlichen Bedeutung verstehen oder verbieten. Letzteres ist nicht in unserem Sinne. Unsere Aufgabe besteht darin, für einen Ausgleich ihrer Machtstellung besorgt zu sein." 86) Nach VERSHOVEN muß der Staat verhindern, daß die Verbände den Wettbewerb beschränken können, wobei er unter Wettbewerbsbeschränkung die Benachteiligung von Marktsubjekten versteht. Er ist der Auffassung, daß, wieweit Substitution möglich ist, ein Verband den Markt nicht wesentlich beschränken kann. Aber auch das Problem der Außenseiter spielt hier eine besondere Rolle. Soweit sichergestellt ist, daß Außenseiter von einem Kartellverband nicht unterdrückt werden können, ergibt sich in gewisser Hinsicht bereits ein Regulativ. Auf das Außenseiterproblem soll später noch näher eingegangen werden.

Zusammenfassend ergibt sich, daß die freie Wettbewerbswirtschaft bei der Ungleichheit der Startbedingungen - wie die Entwicklung sowohl in Deutschland, als insbesondere in den USA, dem kartellfeindlichsten Land überhaupt - notwendigerweise zur Herausbildung starker und schwacher Marktparteien führen muß. Für die schwachen Marktparteien ergibt sich die Problematik, daß sie der wirtschaftlichen Unterdrückung ausgesetzt sind, die schließlich zu einer Unfreiheit im wirtschaftlichen Handeln führt. Hier ist deshalb eine Koalitionsförderung zu befürworten.

# K A P I T E L V

## STELLUNGNAHME ZUR KARTELLDEBATTE

### § 17 Geltungsbereich des Kartellverbots und die Kartellfähigkeit in diesen Bereichen

In dem Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist grund sätzlich das Kartellverbot verankert. Es gibt aber Ausnahmen von dieser Regel, nämlich einerseits die zulässigen Ausnahmen zur Bildung von Kar tellen (Krisenkartelle, Rationalisierungskartelle, Außenhandelskartelle) und andererseits diejenigen Wirtschaftsbereiche, die von dem Kartellver- bot unberührt bleiben, weil auf den jeweiligen Märkten keine vollständige Konkurrenz herstellbar ist.(Landwirtschaft, Versorgungswesen, Post, Telegraphie, Teile des Verkehrswesens und Kreditwesens) Darüber hin- aus sei noch einmal festgestellt, daß die Montanindustrie durch den supra nationalen Zusammenschluß Sondergesetzen unterliegt. In diesem Zusam- menhang sei erneut auf die an früherer Stelle getroffene Feststellung des Deutschen Industrieinstituts erinnert, wonach bei Aufrechterhaltung der derzeitigen Entwurfskonzeption etwa 75 % der gesamten industriellen Selbstkosten starr bzw. unbeeinflußbar sind, weil sie zulässigen Wettbe- werbsbeschränkungen oder dirigistischen Bereichen der Vorstufen (Löhn Grundstoffe, Energie, landwirtschaftliche Produkte usw.) unterliegen.

"Der Wettbewerbsspielraum der Industrie beträgt somit im Durchschnitt lediglich 25 % der Selbstkosten. Dieser schmale Bereich der elastischen Produktionsfaktoren steht also im freien Wettbewerb mit der drückenden Übermacht des mehr oder weniger gebundenen Sektors der Wirtschaft."87 Der Anwendungsbereich der Verbotsgesetzgebung erstreckt sich also in erster Linie auf Einzelhandel, Großhandel, Konsumgüterindustrie, die weitaus größten Teile der Investitionsgüterindustrie, sowie aus dem Be- reich der Produktionsmittelindustrie die chemische Industrie und aus der Grundstoffindustrie die Industrie der Steine und Erden.

Bei der Untersuchung der Kartellfähigkeit in den vorgenannten Bereichen haben wir bereits festgestellt, daß diese im Handel nur sehr gering ist, was darauf zurückzuführen ist, daß das umlaufende Kapital überwiegt und die Möglichkeit des Auftretens von newcomers selbstverständlich sehr vi höher ist, als in der Industrie, in der das Anlagekapital eine besondere Rolle spielt. Unterschiedlich ist die Kartellfähigkeit im Bereich der Kon

---

87) vgl. KLUG, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne." Frankfurt a.M. 1953. S. 63.

güterindustrie zu beurteilen, doch sei hier auf die Problematik der Substitutionskonkurrenz und der totalen Konkurrenz der Absatzprodukte untereinander hingewiesen. Ferner sind hier die unterschiedlichen Elastizitäten der Nachfrage zu nennen. Anders ist das Problem der Kartellfähigkeit in den Investitionsgüterindustrien und den vom Kartellverbot betroffenen, vorgelagerten Industriezweigen zu beurteilen. Grundsätzlich sei festgehalten, daß die Kartellfähigkeit um so größer ist, je überschaubarer das anzubietende Sortiment, je standardfähiger die Waren und je spezialisierter das Produktionsprogramm. Besonders hoch ist die Kartellfähigkeit in den Bereichen, in denen industrielle Massengüter erzeugt werden. Das Problem der Kartellfähigkeit ist also vor allem in der Industriewirtschaft sehr unterschiedlich zu beurteilen. Allgemein dürfte die Aussage zutreffen, daß die Kartellfähigkeit um so größer ist, je weiter sich die Produktionssphäre vom Konsumenten entfernt, wobei der Grad der Substituierbarkeit eine besondere Bedeutung einnimmt.

## § 18 Die Problematik der Verbotskontrolle

Die Befürworter der Verbotsgesetgebung vertreten die Auffassung, daß der wirtschaftliche Wettbewerb am einfachsten herzustellen ist, wenn man die Kartelle als Elemente der Wettbewerbsbeschränkung verbietet. Der Wettbewerb gewähre dem Verbraucher die preisgünstigste Versorgung, welche aber andererseits die Leistungsbereitschaft der miteinander konkurrierenden Unternehmungen beeinflusse und damit zur Erhöhung der Produktivität und zu ständigem Fortschritt innerhalb der Volkswirtschaft führe. Wie aus unseren bisherigen Untersuchungsergebnissen hervorgeht, kann man dieser Auffassung von der Theorie her zweifellos zustimmen. Da aber zwischen Theorie und Wirtschaftspraxis fundamentale Unterschiede bestehen, bringt die Wettbewerbswirtschaft nicht nur Vorzüge, sondern auch Entartungen mit sich. "Das liegt daran, daß auch der "freie" Wettbewerb heute wesentlich unfreier ist, als etwa vor einem Jahrhundert. Es fehlt in der Regel die Freiheit, aus dem Konkurrenzkampf dadurch auszuscheiden, daß man das investierte Kapital flüssig macht und sich anderen Erwerbsmöglichkeiten zuwendet. Ein solches Ausscheiden ist heute nur noch unter Preisgabe des investierten Kapitals möglich und deshalb wird der Kampf oft bis zum äußersten fortgesetzt." 88)

Nun haben die Verfasser des Gesetzentwurfes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der wirklichen Wirtschaft insofern Rechnung getragen, als nach dem Entwurf Kartellverträge einem gesetzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterliegen. Sie sind zwar grundsätzlich verboten, können aber in Sonder-

---

88) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 11.

fällen, wie bei Krisenkartellen, Rationalisierungskartellen und Außenhandelskartellen unter genau festgelegten Voraussetzungen von der Kartellbehörde zugelassen werden.

"Ein weiterer grundlegender Fehler des Entwurfs besteht aber darin, daß er die deutsche Wirtschaft in Gestalt zweier hermetisch voneinander abgesperrter Räume sieht: in dem einen Raum herrscht vollständige Konkurrenz Hier kann und muß völlig freier Wettbewerb durch ein Kartellverbot erzwungen werden. Im anderen Bereich herrscht unvollständige Konkurrenz und daher ist hier das Gegenteil dessen richtig, was für den ersten geboten ist." 89)

Zu diesem Problem finden wir in der Begründung des Entwurfs gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgende Stellungnahme: "Da der Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung ist, würde sich der Gesetzgeber der Gefahr eines wirklichkeitsfremden Schematismus aussetzen und schwere wirtschaftliche Schädigungen heraufbeschwören, wenn er eines theoretischen Prinzips wegen auf diesen Märkten den vollständigen Wettbewerb wieder herstellen wollte. Die Herstellung eines vollständigen Wettbewerbs würde hier einer weiteren Konzentration Vorschub leisten, wodurch die Ziele des Gesetzentwurfes die Erhaltung einer Vielzahl selbständiger Unternehmerexistenzen, sowie die Sicherung eines freien Zugangs neuer Unternehmungen zum Markt erschwert werden." 90)

Der Gesetzgeber verschließt sich also nicht den Gefahren, die sich aus einer "Wettbewerbswirtschaft um jeden Preis" ergeben können. Ob sich allerdings die beiden Sphären des vollständigen und unvollständigen Wettbewerbs in der vom Gesetzgeber vorgesehenen Weise abgrenzen lassen, dürfte sehr bezweifelt werden.

Wir haben im Verlaufe unserer bisherigen Untersuchung festgestellt, daß eine solche Trennung nicht realistisch sein kann; denn Märkte unvollständiger Konkurrenz gibt es auch in reicher Vielfalt in den Bereichen, in denen nach dem Willen des Gesetzgebers "vollständige Konkurrenz" herrsche soll. Zu diesem Problem bemerkt ISAY:

"Da jedoch, wie gezeigt, die vom Entwurf unterstellte scharfe Grenze zwischen den Gebieten vollständigen und unvollständigen Wettbewerbs in

---

89) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 20.

90) vgl. BUNDESTAGSDRUCKSACHE 1158: "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Begründung". Januar 1955. S. 16.

der Wirklichkeit nicht existiert und zumindest nicht so verläuft wie der Entwurf sie annimmt, so wird der Entwurf "der weiteren Konzentration Vorschub leisten". An die Stelle des den Mittelstand schützenden schwachen Kartellmonopols wird das unkontrollierbare Monopol der Großunternehmen nebst seinem Annex, dem "Einschüchterungskartell", treten." 91)

Die Vorteile der Wettbewerbswirtschaft in der Wirklichkeit werden von den Befürwortern der Verbotsgesetzgebung vorzugsweise damit zu demonstrieren versucht, daß Entwicklung und Aufstieg der westdeutschen Wirtschaft in erster Linie dem wirtschaftlichen Wettbewerb zu verdanken sei. Kritisch läßt sich aber hiergegen einwenden, daß man bei der Entwicklung und dem Aufstieg der westdeutschen Wirtschaft keineswegs von "nur Wettbewerbswirtschaft" sprechen kann. Wir sind daher der Auffassung, daß strikt unterschieden werden muß zwischen einer allgemeinen Entwicklung unter marktwirtschaftlichen und einer speziellen unter wettbewerbswirtschaftlichen Bedingungen. Es braucht in diesem Zusammenhang keineswegs in Abrede gestellt werden, daß in Bereichen, in denen sich in der Praxis Wettbewerb verwirklichen ließ, sich auch echter Leistungswettbewerb herausgebildet hat. Diese Feststellung schließt aber nicht aus, daß in weiten Bereichen der westdeutschen Wirtschaft seit Beginn und auch heute noch unvollständiger Wettbewerb vorherrscht. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, daß die Konzernierung und damit die Zusammenballung wirtschaftlicher Macht insbesondere in den vorgelagerten Produktionsstufen, den Grundstoff-, Produktionsmittel- und Investitionsgüterindustrien gerade im Laufe der letzten Jahre ganz erheblich an Gewicht gewonnen hat.

In diesem Zusammenhang ist aber auch noch ein weiteres Problem von besonderem Interesse. Es handelt sich dabei um die Preisbindung zweiter Hand bei Markenartikeln, die im Rahmen des Gesetzentwurfes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gleichfalls eine Ausnahmestellung einnimmt. Hier ließe sich wohl einwenden, daß mit den Markenartikeln eine Standardware geschaffen wurde, die dem Verbraucher eine preisgünstige und gute Ware zu festen Preisen gewährleistet. Selbst wenn wir unterstellen, daß das eben Gesagte richtig ist, wäre damit die Problematik der Preisbindung zweiter Hand im Zusammenhang mit der Wettbewerbswirtschaft keineswegs abgetan. Durch die Preisbindung wird doch zweifellos die nachgelagerte Wirtschaftsstufe, meist Groß- und Einzelhandel, in der Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt. Der leistungstüchtige Unternehmer unterliegt den gleichen Bedingungen wie der weniger tüchtige. Der Erstgenannte kann infolge einer günstigen Kostenstruktur durchaus in der Lage sein, den Markenartikel billiger zu verkaufen. Er darf es aber nicht, weil er sich

---

91) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 22.

gegenüber dem Produzenten zur Einhaltung des festgesetzten Preises verpflichten muß. Versucht er unter dem gebundenen Verkaufspreis zu verkaufen, so läuft er Gefahr, von der Belieferung ausgeschlossen zu werden. Es verbleibt die Möglichkeit, daß der leistungstüchtige Einzelhandelsunternehmer auf den Markenartikel verzichtet. Das wird er aber in der Regel nicht können, weil seine durch die Werbung beeinflußten Kunden den Markenartikel verlangen.

Wir gelangen vorläufig zu dem Ergebnis, daß zwischen der liberalen Theorie und der Wirklichkeit Unterschiede bestehen. "Es kann nicht bestritten werden, daß wir infolge der Lohn- und Gehaltsabkommen der Sozialpartner auf allen Gebieten keinen vollständig freien Markt haben. Weiterhin liegen sowohl in der Gesamtwirtschaft - Eisenbahn -, Postmonopol, Kapitaldienst, als auch in grundlegenden Teilmärkten (Landwirtschaft, Gas, Elektrizität) so weitgehende Bindungen vor, daß nach Ermittlungen des Deutschen Industrieinstituts rund 75 % als gebundene Preise angesehen werden müssen." 92)

Es wird des öfteren auch darauf hingewiesen, daß der große Fortschritt der amerikanischen Wirtschaft auf dem Kartellverbot beruhe. Wir glauben, daß diese Ansicht einer kritischen Betrachtung nicht standhält. "Es kann nicht übersehen werden, daß die wirtschaftliche Entwicklung in erster Linie auf die Reichhaltigkeit der Rohstoffe, breite Absatzmärkte, das Hochschutzzollsystem und den mangelnden Klassenkampf zurückzuführen ist. Trotz des Kartellverbots waren die Vereinigten Staaten nicht krisenfest. Vielmehr ging die Krise der dreißiger Jahre von dort aus. Sie führte auch in den USA zu einer Kartellfreundschaft." 93) Zudem verdient besonders hervorgehoben zu werden, daß die Konzernierung der Wirtschaft der USA ein starkes Ausmaß angenommen hat und das Kartellverbot damit praktisch ohne Erfolg geblieben ist.

Aus unseren bisherigen Untersuchungen geht hervor:

1) Die mit einer entwickelten Industriewirtschaft verbundene hohe Kapitalinvestierung erlaubt kein Aussteigen aus der Konkurrenz und damit besteht die Gefahr des ruinösen Wettbewerbskampfes.

2) Eine schematische Trennung in Gebiete vollständiger und unvollständiger Konkurrenz ist unrealistisch.

---

92) vgl. SONNENSCHEIN, Adolf: "Das Kartellgesetz muß beweglich sein" Art. in: Der Volkswirt. Jahrgang 9. Göttingen 1951.

93) vgl. SONNENSCHEIN, Adolf: ebenda.

3) Die Entwicklung der westdeutschen Wirtschaft im Rahmen der Wirtschaftsordnung der "Sozialen Marktwirtschaft" vollzog sich allgemein nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten und nur speziell nach den Spielregeln der Wettbewerbswirtschaft. Es hat sich eine starke Konzentration durchgesetzt.

4) Ein hoher Anteil der Preise innerhalb der westdeutschen Wirtschaft ist gebunden.

5) Das Beispiel der Vereinigten Staaten zeigt, daß die Konzentration der Wirtschaft durch das dort bestehende Kartellverbot nicht verhindert werden konnte.

Wir gelangen damit zu der Feststellung, daß ein Kartellverbot, das ohnehin nur für einen Teilbereich der Wirtschaft Geltung haben würde, weder geeignet ist, das Problem der wirtschaftlichen Macht zufriedenstellend zu lösen, noch die Gewähr für eine ökonomische und damit preisgünstige Versorgung der Verbraucher bietet, weil durch Preisbindung aus den Vorstufen im sozialpolitischen Bereich und durch das Markenartikelsystem bereits weitgehende Einschränkungen bestehen, die auch ein Kartellverbot nicht aufzuwiegen vermag.

Ferner können sich durch das Kartellverbot natürliche Gegenkräfte gegen das Überhandnehmen wirtschaftlicher Macht nicht bilden, es sei denn auf dem Weg unkontrollierbarer, weil vertragsmäßig nicht fixierter Absprachen. Es vermag auch eine Verbotsgesetzgebung nicht zu verhindern, daß in den Marktbereichen, wo eine Pfründenpolitik möglich wäre, "Gentlemen agreements" abgeschlossen werden, und auf diese Weise das Kartellverbot wirksam umgangen werden kann.

Von den Anhängern des Verbotsprinzips wird gefordert, der Staat möge sich weitgehend aus der Wirtschaft heraushalten. Ein Kartellverbot würde dem Staat die Aufgabe stellen, für Ordnung und Aufrechterhaltung des Wettbewerbs zu sorgen. Wird ihm seinerseits vorgeworfen, daß er in einer verflossenen Zeit interventionistischer Wirtschaftspolitik eine wenig glückliche Hand gehabt habe, so soll er nun zum "Richter über die Wirtschaft" gemacht werden. Die Frage aber ist, ob der Staat dieser Aufgabe gerecht wird. Nun ist es eine bekannte Tatsache, daß die Wirtschaftspraxis dem Wirtschaftsrecht vorauseilt. Wie soll der Staat z.B. sich gegenüber unkontrollierten, aber marktwirksamen Absprachen verhalten? Oder wie verhält sich die Kartellaufsichtsbehörde, wenn durch bestimmte Preisbindungen aus den Vorstufen eine Flut von Anträgen eingeht? "Das Verbotsprinzip ist also gleichbedeutend mit der Tendenz zur Aufblähung der Kartellbehörde." 94)

94) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 24

## § 19 Das Substitutionsproblem

Im Verlauf unserer Untersuchung haben wir bereits darauf hingewiesen, daß dem Substitutionsproblem innerhalb der Kartelldiskussion eine besondere Bedeutung zukommt. Dabei bestehen über das Bedeutungsgewicht unterschiedliche Auffassungen. In der Entwurfsbegründung wird das Substitutionsproblem mit aller Vorsicht behandelt. Man erkennt es zwar hier in seiner mehr oder minder großen Wirksamkeit im Hinblick auf Kartellzusammenschlüsse und deren Preispolitik, macht aber den Vorbehalt, daß man sich über die Auswirkung des Substitutionsproblems noch keine umfassende Vorstellung machen könne.

Es darf als feststehend angesehen werden, daß sich das Problem im Laufe der industriellen Entwicklung im Zusammenhang mit dem technischen Fortschritt und der laufenden Ausweitung der Bedarfsbefriedigungsmittel immer mehr in den Vordergrund geschoben hat. Dabei verstehen wir unter Substitution die Ersetzbarkeit eines Gutes oder einer Leistung durch ein ähnliches Gut oder Leistung. Dabei ist wesentlich, daß mit dem Substitutionsgut der gleiche oder ein ähnlicher Zweck erreicht wird. Wichtige Voraussetzung ist also die Anerkennung des Substitutionsgutes als vollwertiges Bedürfnisbefriedigungsmittel durch den Konsumenten oder Weiterverarbeiter. Für unsere Untersuchung ist nun von Interesse, wie sich die Substitutionsgüter am Markt durchsetzen. Wir können dabei Unterscheidungen in dreifacher Hinsicht treffen:

1) Das Standardgut und das Substitutionsgut sind gleichwertig und treten miteinander in Wettbewerb.

2) Das Standardgut bleibt in der Wertigkeit über dem Substitutionsgut.

3) Das Substitutionsgut setzt sich gegen das Standardgut durch und verdrängt dieses vom Markt.

Ein Beispiel zur ersten Gruppe ist das Wettbewerbsverhältnis zwischen Butter und Margarine. Im allgemeinen wird die Butter als Brotaufstrich gegenüber der Margarine vorgezogen. Die Wirtschaftspraxis zeigt, daß bei Preiserhöhungen für Butter der Butterabsatz zurückgeht und der der Margarine steigt. Das erklärt sich daraus, daß sich gewisse Verbraucherschichten infolge des erhöhten Butterpreises vermehrt dem Margarineverbrauch zuwenden.

Der scharfe Wettbewerbskampf zwischen Standard- und Substitutionsgut findet z.B. bei Textilien in der Gegenüberstellung von Natur- und Kunstfasererzeugnissen für bestimmte Verwendungszwecke Anwendung.

Auch für die Verdrängung des Standardgutes durch das Substitutionsgut finden sich Beispiele. Man braucht hier nur an Damenstrümpfe zu denken, wo sich in kurzer Zeit eine dynamische Entwicklung bei dem zur Verwendung gelangenden Rohstoff vollzogen hat.

Betrachten wir nun das Substitutionsgut in seiner Bedeutung für den wirtschaftlichen Wettbewerb, so ist zu fragen, inwieweit durch die Substitution die Möglichkeit gegeben ist, Machtposition am Markt zu durchbrechen bzw. überhaupt zu verhindern, oder auf die Kartelldiskussion übertragen, inwieweit die Kartellpreispolitik durch Substitutionsgüter beeinflußt werden kann. Hier ist zwischen zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

1) Das Herstellungsverfahren für ein Substitutionsgut liegt in Händen des Kartellzusammenschlusses. Man kann hier argumentieren, daß durch Kartellzusammenschlüsse der wirtschaftliche Fortschritt deswegen gehemmt würde, weil kein Kartell daran interessiert ist, daß im Kreise des Verbandszusammenschlusses ein Standardgut in Konkurrenz mit dem Substitutionsgut tritt. Man wird das Herstellungsverfahren solange im Safe einsperren, wie ein rentierlicher Absatz des Standardgutes gewährleistet ist, um sich dann erst der Produktion des Substitutionsgutes zuzuwenden. Ein solches Verhalten ist aber nur dann möglich, wenn keineAußenseiter dieselben Erzeugnisse billiger auf den Markt bringen oder selbst Substitutionsgüter herstellen, um mit diesen die Vorherrschaft des "alten" Kartellerzeugnisses zu brechen.

2) Die zweite Möglichkeit ist die, daß das Substitutionsgut vom Wettbewerb außerhalb des Kartellzusammenschlusses hergestellt wird und nun in Wettbewerb tritt mit dem Standardgut des Kartells. Will das Kartell seine Absatzbasis nicht verlieren, so muß es die Preise senken. Ferner wird auch ein Zwang ausgeübt, daß sich die Kartelle der technischen Entwicklung anpassen.

Zusammenfassend kann also dargelegt werden, daß die Substitutionskonkurrenz einer monopolistischen Preiskonkurrenz entgegenwirkt. Eine Erfahrungstatsache besagt, daß die Substitutionsmöglichkeiten um so größer sind, je näher sich die Erzeugung an der Konsumsphäre befindet. Das Substitutionsproblem ist also dort besonders groß, wo nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich ein Kartellverbot errichtet werden soll.

## § 20 Das Außenseiterproblem

Dem Außenseiterproblem kommt in der Kartelldebatte eine ganz besondere Bedeutung zu. Wenn Kartelle einen bedeutenden Marktanteil auf sich vereinen, sind Außenseiter auf Grund ihrer Kapazitäten nur in der Lage, einen geringen Teil des Gesamtumsatzes zu erzeugen. Aber trotzdem üben sie einen relativ großen Einfluß auf die Preisbildung des Kartells aus. Hierzu meint METZNER, "daß es eines der größten Geheimnisse oder Rätsel des Marktes ist, daß man mit einem minimalen Marktanteil allein schon auf Grund preisunterbietender Offerten in der Lage ist, einen erheblichen Druck auf die gesamte Preisbildung auszuüben." 95)

"Da der Kartellpreis oft über dem Wettbewerbspreis liegt, scheint es anderen Unternehmungen vorteilhaft, in dem kartellierten Wirtschaftszweig neue Unternehmungen zu errichten." 96) Sie gehen dabei von der Überlegung aus, daß sie selbst dann noch mit Gewinn produzieren können, wenn sie den Kartellpreis etwas unterbieten.

Dem Kartell bleibt zur Beseitigung dieser Gefahr nur übrig, die Außenseiter entweder aufzukaufen oder in den Kartellverband aufzunehmen. Die Folge des Aufkommens von Außenseitern ist, daß in dem betreffenden Wirtschaftszweig die Produktionskapazität sich vergrößert und die Nachfrage übersteigen kann. Die Vermeidung dieser Überkapazität aber bedeutet, daß Produktionsstätten ganz oder teilweise stillgelegt werden müssen. Je mehr Außenseiter vom Kartell aufgekauft werden oder in das Kartell aufgenommen werden, desto höher sind die Abfindungskosten, die aufgebracht werden müssen, desto höher muß folglich der Kartellpreis über den Wettbewerbspreis steigen. Dadurch besteht wieder die Gefahr, daß weitere Außenseiter hinzukommen. "Häufig ist es schon vorgekommen, daß Unternehmungen lediglich zu dem Zweck gegründet wurden, um sich später gewinnbringend von Kartell aufkaufen zu lassen. Da das Kartell aber vielfach die neuaufgekauften Betriebe nicht alle bzw. nicht voll ausnutzen lassen kann, können sie unter Umständen nach Ankauf sofort stillgelegt werden. Das kommt natürlich einer Verwirtschaftung von produktiven Kräften innerhalb der Volkswirtschaft gleich. Besonders typisch sind hier die Zustände im deutschen Kalibergbau vor dem ersten Weltkrieg gewesen." 97)

---

95) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954.
96) vgl. CARELL, Erich: "Allgemeine Volkswirtschaft". 1949 in München. S. 179/80.
97) vgl. CARELL, Erich: ebenda.

Das Aufkommen von Außenseitern ist also vorteilhaft, da sie einen gewissen Ausgleich schaffen. Solange Außenseiter entstehen können, ist für Konkurrenz gesorgt, d.h. für eine ständige Tendenz zum Gleichgewicht; denn die Außenseiter entsprechen in ihrer Wirkung Gegenkoalitionen, deren Gründung, natürlich oder politisch, der beste Weg zum Monopolabbau bzw. Verbandskonkurrenz ist.

Von den Anhängern der Verbotsgesetzgebung ist immer wieder darauf hingewiesen worden, daß die Außenseiter von einer starken Marktpartei zum Kapitulieren gezwungen bzw. durch Machtanwendung ausgeschaltet werden können. Dies ist sogar durch die Reichsgerichtentscheidung von 1897 legalisiert worden. Es ist also dieses Problem durchaus nicht von der Hand zu weisen. Kartelle können die Möglichkeit haben, auf die Außenseiter einen Druck auszuüben. Die entscheidende Frage ist daher, ob gesetzlich sichergestellt werden kann, daß die Außenseiter einen starken Rechtsschutz erhalten.

Um die Vorteile des Kartells zu wahren und den Mißbrauch auszuschalten, kann nur der Rechtsschutz des Außenseiters vorgeschlagen werden. Damit wäre sichergestellt, daß die Kartelle durch Sperren, ins besondere durch Beeinflussung ihrer Lieferanten oder Abnehmer einen Außenseiter nicht zwingen können, sich ihm anzuschließen.

# K A P I T E L VI

## VERSUCH EINER POSITIVEN LÖSUNG DES PROBLEMS

### § 21 Die Abgrenzung der wirtschaftlichen Freiheit in der Sozialen Marktwirtschaft

Im Rahmen unserer Ausführungen zum Abschnitt über die "Soziale Marktwirtschaft und ihrer Geltung" haben wir festgestellt, daß die Soziale Marktwirtschaft keineswegs mit einer Marktwirtschaft liberaler Prägung identisch ist. Sie ist vielmehr eine Marktwirtschaft, die bewußt durch marktkonforme Mittel des Staates gesteuert werden soll. Das liberale Grundprinzip soll nur insoweit Anwendung finden, als es den Leistungswettbewerb fördert und zugleich eine bestmöglichste Versorgung der Volkswirtschaft sicherstellt. Wo der Automatismus des Marktes diesen verständlichen Interessen der wirtschaftspolitischen Führung zuwiderläuft, soll der Staat intervenieren. So kann man die Soziale Marktwirtschaft als eine freiheitliche, durch die Marktgeschäfte geregelte Ordnung bezeichnen, in denen marktkonforme Interventionen durch den Staat zugelassen sind, wenn eine gerechte Verteilung des Sozialproduktes durch das Regulativ der Märkte allein nicht gewährleistet ist. Daß hierbei die wirtschaftspolitischen Maßnahmen nicht nur in der Sphäre der Verteilung zur Auswirkung kommen, versteht sich, wenn man die volkswirtschaftlichen Zusammenhänge in Betracht zieht.

Staatliche Interventionen sind demnach bewußte Korrekturen und somit Mittel zur Erreichung der volkswirtschaftlichen Zielsetzungen, nämlich laufende Steigerung der volkswirtschaftlichen Produktivität, gerechte Verteilung des Sozialprodukts und möglichst hoher Beschäftigungsgrad (Vollbeschäftigung). Im Gegensatz zur Zentralverwaltungswirtschaft sollen jedoch innerhalb der Sozialen Marktwirtschaft diese Ziele unter einem vertretbaren Höchstmaß an wirtschaftlicher Freiheit zu erreichen versucht werden. Wir stellen mit voller Absicht den Begriff des "vertretbaren Höchstmaßes" an individueller wirtschaftlicher Freiheit besonders heraus; denn im marktwirtschaftlichen Ablauf bedeutet die Ausmünzung der Freiheit wirtschaftlicher Gruppen oder von Wirtschaftssubjekten stets auch die Freiheit zur Beschränkung der Freiheit anderer Wirtschaftssubjekte. Eine Freiheitsbeschränkung kann aber nur durch Zwang über den staatlichen Eingriff oder durch organisierte Selbsthilfe verhindert werden.

Liberalismus führt bei ungleichem Start stets zum Kapitalismus mit seinen unerfreulichen Begleiterscheinungen. Die wirtschaftliche Entwicklung der letzten hundert Jahre hat aber bewiesen, daß auch die hemmungslose Aus-

nützung wirtschaftlicher Macht ihre Grenzen gefunden hat. Wo der Staat nicht oder nur unzureichend eingegriffen hat, haben sich Abwehrkoalitionen der wirtschaftlich Schwachen gebildet. Es sei in diesem Zusammenhang auf die Genossenschaften und Gewerkschaften hingewiesen; vielfach sind aber auch im Bereich der Industriewirtschaft Verbandsbildungen aus der Abwehr gegen wirtschaftlich Stärkere entstanden.

Man kann die Auffassung vertreten, die Verhinderung der Beschränkung wirtschaftlicher Freiheit sei Aufgabe des Staates. Das würde bedeuten, daß eine Abwehr gegenüber freiheitsbeschränkenden Individuen oder wirtschaftlicher Gruppen durch Gründung von Selbsthilfeorganisationen gar nicht nötig sei; denn der Staat würde dafür sorgen, daß die Freiheit nicht willkürlich beschränkt werden kann. Eine derartige Auffassung ist einerseits sehr problematisch und andererseits für den Bestand der Wirtschaftsordnung der Sozialen Marktwirtschaft sogar gefährlich. "Sieht man nur marktwirtschaftliche Grundstrukturen, so lehnt man Kartelle ab, empfiehlt Staatsaufsicht oder sieht die Gefahr der Verstaatlichung. Schon Genossenschaften und Gewerkschaften scheinen dann systemwidrig. Verbietet man die Koalition der wirtschaftlich Schwächeren, so ist als Endeffekt der Kampf um diese Koalition nach dem Motto: Druck erzeugt Gegendruck." 98)

Ein wesentliches Moment kommt hinzu, wenn der Staat Freiheitsbeschränkungen, bei denen Machtmißbrauch offensichtlich ist, unterbinden will, so muß er sich zunächst über Art und Umfang des Vergehens Gewißheit schaffen, um überhaupt urteilen zu können. Die Behörde muß also selbst einen Tatbestand aufdecken oder einer Klage von betroffenen Wirtschaftssubjekten nachgehen. Dies setzt aber voraus, daß der Staat schnell einen umfassenden Überblick erhält, weil er schnell handeln muß, ehe die Freiheitsbeschränkung sich in der gesamten Nachteiligkeit für den oder die Betroffenen offenbart hat. Es kommt hinzu, daß die Praxis der Theorie vorauseilt und deshalb ein Tatbestand mitunter gesetzlich schwer zu fassen ist.

Wir gelangen deshalb zu dem Ergebnis, daß das Problem der wirtschaftlichen Freiheit allein durch staatliche Interventionen im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung schwerlich zu lösen sein wird; es sei denn, der Staat besitzt einen großen Kontrollapparat, der es ihm ermöglicht, umfassend seine "Schiedsrichterfunktion" im wirtschaftlichen Wettbewerb auszuüben. Das Problem der wirtschaftlichen Freiheit ist nicht gelöst, wenn als Startbedingung lediglich die freie Konkurrenz bestehen soll. Die Schaffung einer Wettbewerbswirtschaft sagt nur etwas über die Spielregeln aus,

98) vgl. PETER, Hans: "Freiheit der Wirtschaft". Köln 1953. S. 123.

denen die Wirtschaft unterliegen soll, sie beseitigt aber nicht bestehende Ungleichheiten in den Startbedingungen. Nach der Konzeption des Entwurfs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollen bestehende Koalitionen erhalten bleiben und nur neue, mit dem Ziel der Verbesserung der Startposition gegenüber anderen Wettbewerbern dem Verbot unterliegen. Mit diesem Einschnitt ist das Problem der wirtschaftlichen Freiheit nicht zu lösen. "Zur Frage des Einzelnen gehört auch die Frage der Koalition. Sie muß in jedem Wirtschaftssystem solange garantiert werden, als dadurch nicht eine Unfreiheit des anderen entsteht." 99)

Die Lösung kann also nur darin bestehen, "Organisationsformen zu finden, die den Kampf vermeiden lassen und sich sachlich über die Lösung von Konflikten beraten. Diese Organisationsformen müssen kontrolliert werden, da jede Organisationsform "mißhandeln" und mißhandelt werden kann. Diese Kontrolle obliegt gesetzlich der Justiz und für das ungeschriebene Recht dem Staat. Das Recht hat die Aufgabe, die Freiheit des Einzelnen abzugrenzen gegenüber der Freiheit des oder der anderen. Jeder hat damit die gleiche Chance etwas zu erlangen und kann nach dem Grad der Verwirklichung gerechte Verteilung verlangen." 100)

Die wirtschaftliche Freiheit erfährt hier eine sinnvolle Abgrenzung und jedes Wirtschaftssubjekt kann von dem Recht der Koalition Gebrauch machen. Die Koalitionen werden überwacht und wo mißbräuchliche Beschränkung anderer vorliegt, greift die staatliche Aufsichtsbehörde zu Strafen oder Verbot.

"Will der Staat gegenüber privaten Beschränkungen des Wettbewerbs erfolgreich auftreten, muß er sich mit einer Aufsicht begnügen, die sich auf Sachkenntnis und Takt gründet und auf Mißstände beschränkt. Nur in kluger Zurückhaltung und mutigem Eingriff kann die öffentliche Hand Markt und Wettbe werb meistern." 101)

---

99) vgl. VERSHOVEN, Wilhelm: "Gutachten über die Kartellgesetzgebung". Veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie. S. 17.

100) vgl. PETER, Hans: "Freiheit der Wirtschaft". Köln 1953. S. 123.

101) vgl. METZNER, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II. Berlin 1954. S. 59

## § 22 Das Problem der Kartellkontrolle

Das Faszit unserer bisherigen Untersuchungen lautet: Ein wirksames Kartellverbot ist im Rahmen der Wirtschaftsordnung der Sozialen Marktwirtschaft unter den gegebenen Voraussetzungen nicht denkbar, einmal, weil damit die wirtschaftliche Macht und deren mißbräuchliche Anwendung nicht gebannt werden kann und zum anderen, weil mit einem generellen Kartellverbot noch keine Handhabe gegen Absprachen nichtvertraglicher Art gegeben ist. Die Folge wäre, daß es anstatt offenen oder legalen, geheime oder illegale Kartelle geben würde. In diesem Zusammenhang haben wir schon darauf hingewiesen, daß in den USA, einem kartellfeindlichen Land, geheime Preis- und sonstige Absprachen ebenfalls nicht verhindert werden konnten. "Sind Kartelle illegal, so wird das Spitzel- und Angeberwesen unseligen Angedenkens mit all seinen unerfreulichen Nebenerscheinungen wieder aufleben. Namentlich das Verbot von Empfehlungen (§ 24), das fast unvermeidlich ist, wenn man rechtsverbindliche Abreden nicht zuläßt, muß ein Denunziantentum erheblichen Ausmaßes ins Leben rufen." 102)

Es wurde auch der Vorschlag von BÖHM viel diskutiert. Er will den Kartellen den Geschmack der Illegalität dadurch nehmen, daß die Zusammenschlüsse nicht gesetzlich verboten werden sollen; es soll ihnen aber der Rechtsschutz versagt bleiben. Danach könnten sich private Unternehmen durchaus in Kartellorganisationen zusammenfinden. Liegen allerdings Streitigkeiten vor, so sollen Staat und Justiz den Rechtsschutz verweigern. Auf den ersten Blick hat diese Konstruktion etwas Bestechendes an sich. Die Kartelle wären, auch wenn sie rechtlich nicht voll anerkannt wären, legal. Wenn die Kartellmitglieder unter sich einig sind, dann besteht überdies nicht die Notwendigkeit, Rechtsschutz zu erlangen. Bei einer genauen Überprüfung birgt jedoch dieser Vorschlag etwas Gefährliches in sich, was sich in erster Linie in der Abgrenzung der Rechtstatbestände ergibt. Ein ohne Rechtsschutz zustande gekommenes Kartell wird oft auch Rechtsabmachungen treffen, die primär das Kartell gar nicht betreffen, wie z.B. über Kapitalverflechtungen, Lizenzen oder Patente u.ä. In der Praxis dürfte es für die Justiz schwierig sein, genau zu fixieren, wo der Rechtsschutz zu versagen ist und wo er gewährt werden muß.

Wir sind der Überzeugung, daß das Verbotsprinzip durch das M i ß b r a u c h s p r i n z i p ersetzt werden sollte. Damit tritt "eine außerordentliche V e r e i n f a c h u n g des Gesetzes ein. Anstelle der jetzt vorhandenen zahlreichen Nuancen braucht nur noch ein Katalog der möglichen Maßnahmen sowie der Voraussetzungen aufgestellt zu werden,

---

102) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 28

unter denen die Kartellbehörde zu deren Anwendung befugt ist." 103)

Die Kartelle sind legal und erhalten Rechtsschutz solange sie nicht wegen Machtmißbrauch verboten werden. "Sie haben also in aller Regel keinen Anlaß, sich und ihre Tätigkeit zu verbergen. Dadurch ist ihre Kontrolle erleichtert, denn ein illegales getarntes Kartell muß von der Behörde zunächst ermittelt werden, ehe sie etwas dagegen unternehmen kann, und das Kartell, dem bei Entdeckung schwere Buße droht, wird sich der Entdeckung nach Kräften entziehen." 104)

Zugleich fällt im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit die Benachteiligung der dem Kartellverbot unterliegenden Wirtschaftsbereiche dem anderen Bereich gegenüber weg, der dem Kartellverbot nicht unterliegt. Schließlich kann auf diese Weise den marktbeherrschenden Unternehmern ein wirksames Gegengewicht entstehen.

Wenn wir hier für eine Mißbrauchsgesetzgebung eintreten, so sind wir uns dabei im klaren, daß die eigentliche Problematik in der Kartellkontrolle liegt. Im Gegensatz zur Verbotsgesetzgebung, wo die Beweislast für die Notwendigkeit zur Bildung eines Ausnahmekartells durch die Beteiligten selbst zu erbringen ist, muß nach dem Mißbrauchsprinzip der Staat bzw. die Kartellbehörde in die Beweisführung eintreten, wenn ein Kartellzusammenschluß wegen diskriminierenden Verhaltens bestraft oder verboten werden soll. Zweifellos kann die Arbeit der Kartellbehörde hier durch das aus früherer Zeit vorliegende Erfahrungsmaterial erleichtert werden. Ein gutes Funktionieren der Kartellaufsicht hängt aber sehr wesentlich von übersichtlichen gesetzlichen Bestimmungen und dem Umfang der Kontrollauflagen gegenüber den kartellierten Wirtschaftszweigen ab.

Bevor wir uns speziell mit den Fragen der Kartellaufsicht befassen, scheint uns von besonderer Wichtigkeit, nach den Gründen der Kartellbildung zu fragen. Wir unterscheiden hier:

1) Krisenkartelle
2) Abwehrkartelle
3) Pfründenkartelle

Krisenkartelle kommen dann zustande, wenn sich Unternehmungen aus dem Motiv der Selbstbehauptung in wirtschaftlichen Notzeiten zusammenschließen. Die Ursache kann dabei konjunkturell oder strukturell bedingt sein.

---

103) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 27.
104) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 28.

Die Wirkung äußert sich in einem scharfen Preiskampf. Der zurückgehenden Nachfrage steht ein Überangebot an Leistungen oder Gütern gegenüber. Bei dem einsetzenden Preiskampf werden sich die Unternehmungen gegenseitig so unterbieten, daß schließlich, nur um die Position am Markt zu halten, unter den Selbstkosten verkauft werden muß. In einem solchen volkswirtschaftlich sinnlosen Preiskampf wird derjenige Sieger sein, der über die größeren Kapitalreserven verfügt. Dieser muß aber durchaus nicht der leistungsfähigste Wettbewerber sein. Die Betroffenen sind die kapitalschwachen, oft mittelständischen Unternehmen. Hier ist es sinnvoll, ja sogar volkswirtschaftlich erwünscht, wenn sich die Unternehmungen zusammenschließen, gemeinsame Mindestpreise festlegen und sich vielleicht auch über eine vorübergehende Kontingentierung ihrer Produkte einig werden. Auf diese Weise kann verhindert werden, daß wertvolles volkswirtschaftliches Kapital verschleudert wird.

Der zweite Grund besteht in der Abwehr gegenüber wirtschaftlicher Übermacht. Die deutsche Wirtschaftsgeschichte liefert hier viele Beispiele. Es sei hier nur auf die Genossenschaftsentwicklung oder die Entstehung der Handwerkerinnungen hingewiesen.

Unter den Pfründenkartellen verstehen wir Unternehmerzusammenschlüsse, die primär mit der Zielsetzung gebildet werden, die Gewinnchancen durch den Zusammenschluß zu erhöhen und die Marktposition zu verstärken. Zweifellos ist auch dieses Motiv für die Kartellbildung von Bedeutung. Auch für diesen Fall des Zusammenschlusses liefert die Geschichte der deutschen Kartellentwicklung Beispiele.

Wenn man davon ausgehen mag, daß Kartellzusammenschlüsse in erster Linie zustandegekommen sind, einer Krise wirksam zu begegnen oder einer wirtschaftlichen Übermacht ein entsprechendes Gegengewicht gegenüberzustellen, so besagt dies nicht, daß die Kartelle mit der Änderung der wirtschaftlichen Situation nicht auch aus der Defensive in die Offensive gehen und so zu Pfründenkartellen werden können, wenn es die Marktlage erlaubt. Uns scheint, daß bei den Befürwortern der Verbotsgesetzgebung gerade dieser Grund eine besondere Rolle gespielt haben dürfte.

Wir sind der Auffassung, daß das Problem der Pfründenkartelle in der modernen Wirtschaft im Zusammenhang mit den vielfältigen Substitutionsmöglichkeiten nicht die Schärfe besitzt, die diesem Problem von den Anhängern des Verbotspronzips eingeräumt wird. ISAY wies darauf hin, daß die Gefahr von Pfründenkartellen dadurch abgewendet werden kann, daß man die latente Konkurrenz erleichtert und fördert. "Bekanntlich macht der Kartellaußenseiter ein um so besseres Geschäft, je mehr das Kartell die Preise in die Höhe treibt. Es braucht ja bloß die Kartellpreise ein wenig zu

unterbieten, um seinen eigenen Absatz zu steigern und durch den erhöhten Umsatz bei immer noch guten Preisen glänzend zu verdienen. Erleichtert das Gesetz die Entstehung von Außenseitern, ermöglicht es also die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde und beschränkt es ferner dem Kartell die Möglichkeit, das ausgeschiedene Mitglied oder sonstige Außenseiter durch Sperren oder ähnliche Maßnahmen gefügig zu machen, so tritt eine von zwei Möglichkeiten ein: Entweder betreibt das Kartell eine maßvolle Preispolitik, oder es fällt auseinander, so daß freier Wettbewerb herrscht". 105)

Bei einem wirksamen Kartellgesetz, das auf der Mißbrauchsgesetzgebung aufbaut, kommt also den Kartellaußenseitern eine ganz entscheidende Bedeutung zu. Hierzu wäre erforderlich, daß der Gesetzgeber den Kartellaußenseitern eine starke Position einräumt. Man braucht dazu die Bestimmungen der Kartellordnung von 1923 lediglich schärfer und eindeutiger zu fassen, wodurch unnötige und zeitraubende Komplikationen in den Verfahren der Kartellbehörde vermieden würden.

Eine wirksame Kartellkontrolle hängt aber noch von zwei weiteren wesentlichen Momenten ab, und zwar handelt es sich dabei um die Registrierungs- und Publizitätspflicht. Jedes Kartell muß verpflichtet werden, der Kartellbehörde ihre Satzungen vorzulegen. Zugleich mit den Satzungen ist ein Mitgliederverzeichnis vorzulegen. Darüber hinaus müssen Satzungsänderungen sowie Veränderungen im Bestand der Kartellmitglieder unter namentlicher Aufführung der eintretenden oder ausscheidenden Firmen laufend oder innerhalb festgelegter Zeiträume angezeigt werden. Die Kartellbehörde wird auf diese Weise stets über Zweck und Umfang der Kartellzusammenschlüsse unterrichtet. Enthalten die vertraglichen Abmachungen Bestimmungen, die auf Mißbrauch hindeuten, muß die Kartellbehörde auf Grund gesetzlicher Rahmenbestimmungen in der Lage sein, diese für unwirksam zu erklären. Zugleich sollten die Vorschriften über diskriminierendes Verhalten von marktbeherrschenden Einzelunternehmungen mit den hierfür vorgesehenen Strafen auch auf die Kartelle ausgedehnt werden.

In aller Regel werden unerfreuliche Tatbestände nicht gern der Öffentlichkeit preisgegeben. Der Kartellbehörde sollte durch gesetzliche Bestimmung die Möglichkeit eingeräumt werden, wenn es geboten erscheint, Erhebungen über kartellierte Wirtschaftszweige anzustellen, die geeignet sind, die Vorgänge gründlich zu durchleuchten. "Nach aller Erfahrung wird ein kartellierter Gewerbezweig in der Regel gern bereit sein, durch Änderung seiner Politik Opfer zu bringen, wenn er dadurch eine öffentliche Erörterung vermeiden kann. Nicht bloß deswegen, weil eine solche

---

105) vgl. ISAY: "Gutachten", 1955. S. 30.

Untersuchung meist den Auftakt eines behördlichen Eingreifens bildet, sondern schon aus eingewurzelter Scheu vor der Publizität." 106)

Aus dem Katalog marktkonformer Maßnahmen zur Verhinderung volkswirtschaftlich unerwünschter Kartellpraktiken, sei vor allem noch auf die Zollpolitik hingewiesen. Aus der deutschen Kartellentwicklung von 1923 bis 1933 ist bekannt, daß eine elastische Zollpolitik ein sehr geeignetes Mittel war, einer unerwünschten Pfründenpolitik der Kartelle zu begegnen. Entscheidend ist hierbei eine schnelle Wirksamkeit der Maßnahmen. Das würde bedeuten, daß die Kartellaufsichtsbehörde das Recht erhält, von sich aus unmittelbare Empfehlungen über zollpolitische Maßnahmen an das zuständige Exekutivorgan weiterzuleiten.

Wie wir gesehen haben, bieten sich ausreichende Handhaben, volkswirtschaftlich unerwünschte Kartellpraktiken zu unterbinden. Durch die Anwendung des Mißbrauchsprinzips werden die Kartelle legalisiert. Dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit wird Genüge getan und dort, wo es dazu ausgenützt wird, die Freiheit anderer auf unfaire Weise zu beeinträchtigen oder zu unterdrücken, soll die Kartellbehörde wirksam eingreifen. Durch eine Mißbrauchsgesetzgebung wird zugleich vermieden, daß die westdeutsche Wirtschaft in zwei Bereiche, einen wettbewerbsbeschränkten und einen wettbewerbsfreien, gespalten wird, und daß als Reaktion Kartellabsprachen im Dunkel der Anonymität untertauchen. Es dürfe kein Zweifel darüber bestehen, daß in der Wirklichkeit das Einzel- oder Gruppeninteresse letzten Endes vor dem stehen wird, was volkswirtschaftlich als erwünscht anzusehen ist. Kein Unternehmer wird eines Prinzips wegen seine Existenz aufs Spiel setzen, wenn sich selbst bei einem geheimen Zusammenschluß eine letzte Möglichkeit zur Überbrückung einer wirtschaftlichen Notlage ergibt. Auch im Hinblick auf die außenwirtschaftliche Lage ist die Mißbrauchsgesetzgebung die einzig wirklichkeitsnahe Lösung. Wohl enthält der Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Ausnahmeregelung der Zulassung von Außenhandelskartellen. Damit ist aber noch nicht sichergestellt, daß sich aus den außenwirtschaftlichen Verflechtungen nicht doch Auswirkungen auf die kartellfreien Bereiche ergeben. Voraussetzung für eine erfolgreiche Wettbewerbsgesetzgebung im Sinne des Verbotsprinzips wäre für Deutschland daher "die annähernd gleichartige Einführung in den benachbarten Ländern. Mit dieser Auffassung wäre es unvereinbar, Deutschland zur Einführung des Verbotsprinzips zu verpflichten, solange die Nachbarländer an dem Mißbrauchsprinzip festhalten." 107)

---

106) vgl. ISAY: "Gutachten". 1955. S. 31.
107) vgl. ISAY: ebenda. S. 36.

Zusammenfassend sei demnach festgestellt, daß das gute Funktionieren der Tätigkeit der Kartellaufsicht die wesentlichste Voraussetzung für eine wirksame Mißbrauchsgesetzgebung ist. Wir befinden uns aber in Deutschland auf diesem Gebiet nicht auf Neuland; denn wohl kein anderes Land hat im Laufe seiner Kartellgeschichte so viele Erfahrungen gesammelt als gerade Deutschland. Die Kartellverordnung von 1923 war ein brauchbarer Anfang zur Eindämmung volkswirtschaftlich unerwünschter Auswüchse des Kartellwesens. Wenn man diese von den ihr anhaftenden Schwächen bereinigt, wäre zweifellos ein Rahmen für ein wirklichkeitsnahes Kartellgesetz vorhanden.

## § 23 Die Aufgabe der Wirtschaftsverbände

Die wirtschaftlichen Interessenverbände sind in der modernen Marktwirtschaft nicht mehr wegzudenken. Ihre Entstehung hängt ursächlich mit der spätkapitalistischen Wirtschaftsverfassung zusammen. Oft sind sie aus einer Situation der Abwehr gegenüber wirtschaftlicher Übermacht entstanden, wenngleich in diesem Zusammenhang betont werden muß, daß Verbandsgründungen auf der einen auch solche auf der anderen Seite haben nachfolgen lassen. Die Aufgabenbereiche der Wirtschaftsverbände sind vielgestaltig. Im Vordergrund steht eine wirkungsvolle wirtschaftspolitische Interessenvertretung. Darüber hinaus vertreten die Fachverbände oder Vereinigungen auch die sozialpolitischen Interessen der angeschlossenen Mitglieder gegenüber den gewerkschaftlichen Tarifpartnern und in der Vergangenheit, besonders zwischen beiden Weltkriegen, erfüllten sie zugleich auch marktpolitische Aufgaben. Nicht selten übernahmen sie hier auch Kartellfunktionen. Vereinbarungen über Konditionen wurden fast ausschließlich zwischen den beteiligten Fachverbänden abgeschlossen. In gewisser Hinsicht gilt dies auch für die Errichtung von Krisenkartellen. So wurde z.B. auch das Krisenkartell der Seifenindustrie in der jüngsten Vergangenheit von dem entsprechenden Fachverband errichtet und organisiert.

Demgegenüber waren die Träger von Kartellen höherer Ordnung meist Verbandsorganisationen, die allein zu marktpolitischen Zwecken errichtet wurden und mit den Fach- und Wirtschaftsverbänden nichts oder nur wenig zu tun hatten. Hier hat das Organisationsprinzip einen wesentlich spezielleren Charakter, denn bei den Fach- und Wirtschaftsverbänden stand und steht auch heute noch die wirtschaftspolitische Interessenvertretung des gesamten Gewerbezweiges im Vordergrund. Sie haben die Gesamtheit ihrer Mitglieder vertreten. In der Zeit der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik von 1939 bis 1945 wurden die wirtschaftspolitischen Interessenverbände zunehmend zu Organisationen innerhalb der staatlichen Wirtschaftsplanung. Sie waren dazu angehalten, Erfüllungsaufgaben der zentralen Wirtschaftsplanung mit zu übernehmen, was zu einer Verfälschung des

ursprünglichen Charakters der Wirtschaftsverbände führte; denn im Grunde sind diese Organisationen, die auf dem Mehrheitswillen der Mitglieder aufbauen, Vereinigungen, deren wirtschaftspolitische Zielsetzung auf dem demokratischen Prinzip aufbauen. Wenn die Wirtschaftsverbände in der Zeit der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik zugleich auch die Träger von Zwangskartellen sein konnten, so war dies nur möglich, wenn sie zugleich auch Zwangsorganisationen waren. Vor 1933 und gegenwärtig sind die Fach- und Wirtschaftsverbände jedoch freiwillige Interessenorganisationen. Das Wirtschaftssubjekt kann seinen Beitritt aus freiem Entschluß vollziehen und ebenso seine Mitgliedschaft innerhalb satzungsgemäßer Vorschriften kündigen.

Die Wirtschaftsverbände können gerade bei einer Mißbrauchsgesetzgebung eine fruchtbare Tätigkeit entfalten und wesentlich dazu beitragen, daß Auswüchse erst gar nicht wirksam werden.

Von den Befürwortern des Kartellverbots wird besonders darauf hingewiesen, daß sich jedes Kartell letzten Endes gegen den Verbraucher richtet. Hierzu muß ergänzend festgestellt werden, daß man von einer Ausbeutung der Verbraucher durch Kartelle nur sprechen kann, wenn über die Kartellorganisation eine Preispolitik betrieben wird, die als Pfründenpolitik anzusprechen ist. Dies ist aber nur beim Zusammentreffen verschiedener Faktoren möglich, nämlich Monopolstellung auf der Angebots- bzw. Nachfrageseite (z.B. bei Kartellierung eines gesamten Gewerbezweiges), keine oder nur geringe Substitutionsmöglichkeit der durch das Kartell angebotenen Waren und unelastische Nachfrage. Unsere Untersuchung über das Problem der Markttransparenz hat ergeben, daß die Verbraucher teilweise unrational handeln, was einer Pfründenpolitik entgegenkommen würde.

Damit gelangen wir zu einem Punkt, an dem sich eine Aufklärungsarbeit durch einen wirtschaftlichen Verband bereits günstig auswirken kann. Gemeint ist hier die Tätigkeit der Verbraucherverbände. Im Gegensatz zu vielen anderen Ländern steht die Verbraucherorganisation in der Bundesrepublik noch auf relativ jungen Füßen. Die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände hat sich erst vor wenigen Jahren konstituiert. Bei der großen Zahl, der in dieser Dachorganisation vereinigten Mitgliedsverbände mit teilweise unterschiedlichen Zielsetzungen wird es noch einer längeren Anlaufzeit bedürfen, ehe sich diese Organisation zu einem wirtschafts- und marktpolitisch bedeutsamen und aktionseinheitlichen Faktor des Kräftespiels im Wirtschaftsleben entwickeln wird. Hieraus wird teilweise auch verständlich, weshalb die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände in der Diskussion um den Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für das Verbotsprinzip plädiert; denn einerseits ist diese Organisation erst im Aufbau begriffen und andererseits hat jede wirtschaft-

liche Koalition ein Interesse daran, die entgegenstehenden wirtschaftlichen Gruppen nicht stärker zu machen, als sie ohnehin schon sind.

In anderen europäischen Ländern, in denen das Kartellproblem durch die Mißbrauchsgesetzgebung gelöst ist, sind die Verbraucherverbände als ältere und festgefügte Organisationen durchaus in der Lage, schädlichen Kartellpraktiken wirkungsvoll entgegenzutreten. Wir sind der Auffassung, daß den Verbraucherverbänden für den Fall einer späteren Verwirklichung der Mißbrauchslösung, auch in der Bundesrepublik eine bedeutsame Aufgabe zufallen würde. Sie besteht vor allem darin, zu verhindern, daß Kartellpfründe überhaupt erst entstehen können. Hierzu bedarf es zunächst einer weiteren Intensivierung in der Organisation dieser Interessenvertretung. Am Anfang sollte eine umfassende Aufklärung über Ziele und Richtung der Verbraucherinteressen stehen. Wesentliche Voraussetzung für eine positive Arbeit sind die allgemeinen und speziellen Informationen über die Preisentwicklung wichtiger Waren auf dem gesamten Markt und auf den örtlichen Teilmärkten. Daraus ergibt sich, daß die Verbraucherverbände einmal eine weitverzweigte örtliche Differenzierung in ihrer Gliederung aufweisen, zugleich aber auch über eine volkswirtschaftlich gut geschulte Zentralorganisation verfügen müssen. Neben der Orientierung über die Preisentwicklung müßten die Verbraucher im Hinblick auf Qualitätsorientierung und Fähigkeit des Preisvergleiches intensiv geschult werden. Über die Preisentwicklung in den kartellierten Wirtschaftszweigen sollten in gewissen Zeitabständen wissenschaftliche Untersuchungen vorgenommen werden. Wenn die Untersuchungsergebnisse Überhöhungen in der Preisstellung zeigen, so wären die Verbraucher zu orientieren. Sind sich die Verbraucher ihrer besonderen Stellung am Markt erst bewußt, so wird dem Kartellproblem in den möglichen negativen Auswirkungen schon von dieser Seite aus viel an Schärfe genommen. Wir sind nicht der Auffassung, daß Kartelle auf das Bestehen einer festgefügten Verbraucherorganisation keine Rücksicht nehmen würden.

Natürlich werden die Verbraucherverbände nicht die gesamte Preisentwicklung aller Wirtschaftsstufen innerhalb des vertikalen Aufbaues der Volkswirtschaft übersehen und kontrollieren können. Ihr besonderes Interesse wird vornehmlich der Verbrauchsgüterwirtschaft gelten. Es kann aber durchaus die Möglichkeit bestehen, daß z.B. in den Vorstufen ein wirtschaftlich schwächerer Bereich von sich aus zunächst aus irgendwelchen Gründen nicht in der Lage ist, einer Pfründenpolitik wirksam gegenüberzutreten. Hier können auch die übrigen Wirtschaftsverbände (Industrieverbände, Innungen, Genossenschaften, Groß- und Einzelhandelsverbände usw.) eine wirksame Aufklärungstätigkeit im Rahmen des Kartellproblems entfalten. Manches Problem kann in sachlichen Verhandlungen zwischen den Wirtschaftsverbänden gelöst werden, so daß nicht einmal Gegen- oder Abwehrkartelle

gebildet werden müssen. In diesem Zusammenhang sei erneut auf die genossenschaftliche Entwicklung hingewiesen, wobei wir in dieser Organisationsform keineswegs die einzig mögliche der wirtschaftlich schwächeren Marktparteien sehen. Die Wege, eine Pfründenpolitik zu vereiteln, sind mannigfaltig. Man kann auch Außenseiter bei Lieferungen bevorzugen oder Substitutionsmöglichkeiten vorschlagen oder auf dem Verhandlungswege auf eine Veränderung der preislichen oder sonstigen Bedingungen hinwirken.

Nach dem Entwicklungsverlauf der westdeutschen Wirtschaft mit der vielfältigen Organisation wirtschaftlicher Gruppen scheint uns jedenfalls die Förderung von Abwehrkoalitionen zur Verhinderung und Einengung von unerwünschten Kartellpraktiken und konzernkapitalistischen Machtmißbräuchen sehr viel realistischer, als der Rückfall in die Vorstellungswelt einer automatisch funktionierenden Wirtschaft. Wir haben im Verlaufe unserer Untersuchungen bewiesen, daß diese Auffassung für den Ablauf der realen Wirtschaft nicht oder nur selten zutrifft.

Der realen Entwicklung der westdeutschen Wirtschaft wird mehr Rechnung getragen, wenn anstelle der Verbots- eine Mißbrauchsgesetzgebung tritt und im Rahmen dieser Konstruktion sichergestellt ist, daß dem Machtmißbrauch von vornherein durch bewußte Förderung wirtschaftlicher Koalitionen, sowie einer wirklichkeitsnah arbeitenden Kartellbehörde wirksam begegnet wird. Die aufklärende Tätigkeit der wirtschaftlichen Verbände würde sich ohne Zweifel zur Vermeidung von Pfründen durch Kartelle und sonstige marktbeherrschende Unternehmungen günstig auswirken.

## § 24 Schlußbetrachtung

Seit mehr als sechs Jahren wurde erbittert über den Inhalt eines Gesetzes gerungen, von dem die Zukunft der Kartelle, zugleich aber auch damit die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung mit abhängt. Wissenschaftliche Auffassungen und Interessenstandpunkte sind im Laufe der letzten Jahre heftig aufeinandergeprallt. Auch die sachverständigen Gremien der politischen Staatsführung haben sich wiederholt mit den aktuellen Fragen zu der Kartellgesetzgebung auseinandergesetzt. Änderungs- und Kompromißvorschläge sind in reicher Vielfalt vorgebracht worden.

Seit der Abfassung dieser Gedanken zum Kartellgesetzentwurf sind vier Jahre vergangen, welche für die Entwicklung dieser Probleme von größter Bedeutung waren. Inzwischen wurde der Entwurf zum Gesetz.

In diesem Gesetz wurde schließlich ein Kompromiß als eine mögliche gemeinsame Linie erarbeitet, der erleichterte und stärker abgestufte Genehmigungsmöglichkeiten und Freistellungen vorsieht, aber grundsätzlich vom Kartellverbot ausgeht.

Inmitten der Diskussion um die Neugestaltung des Kartellrechts hatten wir dieses wichtige, zugleich aber auch interessante Problem zum Gegenstand unserer Untersuchung gemacht. Unter weitgehender Ausschaltung jeglicher Interessenstandpunkte suchten wir nach einer sachlichen und wirklichkeitsnahen Lösung. Dabei ließen wir uns von der Auffassung leiten, daß ein Gesetz in seiner Anwendbarkeit auf die reale Wirtschaft eine bestimmte ordnende Aufgabe zu erfüllen hat. Soll der Inhalt eines Gesetzes aber erfüllbar sein, so muß es gegenüber den Wirtschaftssubjekten zugleich auch zumutbar sein. Besitzt es diese Eigenschaften nicht, so wird das Gesetz umgangen; denn die Praxis sucht nach Mitteln und Wegen, sich dem Einfluß des Gesetzes zu entziehen. Nichts ist für den Bestand einer wirtschaftlichen Ordnung gefährlicher, als unkontrollierbare Erscheinungsformen in der Illegalität. Es dürfte ohne weiteres verständlich sein, daß sich durch die Verabschiedung eines wirklichkeitsfremden Gesetzes eine Entwicklung anbahnen kann, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war.

Diese Überlegungen veranlaßten uns, das Schwergewicht unserer Untersuchung auf die ökonomische Wirklichkeit abzustellen. Dabei haben wir auch Probleme in unsere Betrachtung mit einbezogen, die in den bisherigen wissenschaftlichen Diskussionsbeiträgen über das Kartellproblem unberücksichtigt geblieben oder zu kurz gekommen sind. Unsere Teiluntersuchungen haben wir auf praktischen Gesichtspunkten aufgebaut.

Das Ergebnis der vorliegenden Arbeit ist eine Befürwortung der Mißbrauchsgesetzgebung als einer realen Lösung der Kartellfrage. Wir haben zu beweisen versucht, daß das Prinzip des Kartellverbots, wie es im Entwurf gegen Wettbewerbsbeschränkungen, von seiten der Bundesregierung verankert ist, keine wirklichkeitsnahe Lösung des Kartellproblems sein kann. Doch das Gesetz trägt der Praxis mehr Rechnung als der Entwurf. Trotzdem können wir heute - drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes - feststellen, daß die schon im Entwurf steckenden Nachteile, die wir aufgezeigt haben, nunmehr zu Schwierigkeiten führen, da das Kartellamt durch das Gesetz keinen richtigen Boden unter den Füßen hat. Das praktische Ergebnis sind Umgehungen des Gesetzes und andere Machtbildungen sowie Untergrabung unserer mittelständischen Wirtschaftsstruktur.

Wir wünschen eine spätere gesetzliche Regelung, wonach Kartelle grundsätzlich zulässig, aber einer behördlichen Aufsicht und Eingriffsmöglichkeit gegen Mißbräuche unterworfen sein sollen. Das Ziel der Erreichung eines möglichst weitgehenden Wettbewerbs wollen wir beibehalten wissen. Dies scheint uns ein echter und wirklichkeitsnaher Kompromiß zu sein.

Eine wirkungsvolle, unter Berücksichtigung aller bisherigen Erfahrungen ausgebaute Mißbrauchsgesetzgebung hätte die Vorzüge, daß einmal die Grundrechte der menschlichen Freiheit gewahrt bleiben und zum anderen die tatsächliche Entwicklung der westdeutschen Wirtschaft Berücksichtigung finden würde. Es gibt kein besseres Mittel gegen konzernkapitalistischen Machtmißbrauch als die permanente Gefahr der Bildung von Abwehrkoalitionen und kein besseres Mittel gegen unlautere Kartellpraktiken als eine starke, rechtliche Stellung von Außenseitern und eine wirksame gelenkte Tätigkeit der Wirtschaftsverbände. Die Registrier- und Publizitätspflicht der Kartelle vermögen zusammen mit einem klar aufgebauten Gesetz und einer starken Untermauerung der Kartellaufsichtsbehörde volkswirtschaftlich unerwünschte Kartellpraktiken bereits im Keime zu ersticken. Als zusätzlicher Regulator bietet sich eine elastische Zollpolitik an.

# Literaturverzeichnis

Bücher und Aufsätze


1) Berg, Fritz: "Kartellgesetz in der Entscheidungsphase". Art. im "Industriekurier" vo. 30.6.1955.

2) Böhm, Franz: "Das Reichsgericht und die Kartelle". (Ordo I, 1948)

3) Böhm, Franz: "Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung". Stuttgart 1937.

4) Böhm, Franz: "Auseinandersetzung mit dem Isay-Gutachten". Frankfurt a.M. Art. aus Wirtschaft und Wettbewerb. Jahrg. 4, Heft 6/7.

5) Böhm, Franz: "Kartelle und Koalitionsfreiheit". Berlin 1933.

6) Bücher, H.: "Die wirtschaftliche Grundlage der internationalen Kartelle". Berlin 1925.

7) Bundestagsdrucksache 1158: "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Begründung". (Januar 1955)

8) Bundesverband der Deutschen Industrie: "Kartellverbot oder Kartellaufsicht". Schriftenreihe des Bundesverbandes der Deutschen Industrie zu aktuellen Wirtschafts- und Rechtsfragen". Stuttgart 1951.

9) Carell, Erich: "Allgemeine Volkswirtschaftslehre". 1949 in München.

10) Eucken, Walter: "Unser Zeitalter der Mißerfolge". Tübingen 1951.

11) Eucken, Walter: "Grundsätze der Wirtschaftspolitik". Tübingen 1952.

12) Eucken, Walter: "Deutschland vor und nach der Währungsreform". Art. in "Vollbeschäftigung, Inflation und Planwirtschaft" herausgeg. von Albert Hanold, Zürich 1951.

13) Eucken, Walter: "Grundlagen der Nationalökonomie". Berlin, Göttingen, Heidelberg 1950.

14) Flechthern: "Die rechtl. Organisation der Kartelle". Berlin 1923.

15) Fricke, Rolf: "Wirtschaftskunde - Eine Grundlegung zur Morphologie der Wirtschaft". Stuttgart 1953.

16) Geiger, W.: "Verfassungsrechtliche Grenzen der Kartellgesetzgebung". Art. aus dem Schnelldienst des Deutschen Industrieinstituts Nr. 41 v. 27.5.1955.

17) Gleiss: "Kartelle und Monopole". Heidelberg 1952.

18) Giese- v. Brunn: "Wettbewerb- und Wettbewerbsbeschränkung". Frankfurt 1950.

19) Haussmann, Frederick: "Der Wandel des internationalen Kartellbegriffs". Bern 1947.

20) Ilau, Hans: "Was ist eigentlich Mißbrauch?" Art. in FAZ v. 17.3.1955.

21) Ilau, Hans: "Der 3. Weg - zu Prof. Böhm's Kartellgesetzentwurf". Art. in FAZ v. 23.3.1955.

22) Isay, Rudolf: "Gutachten". 1955.

23) Isay, Rudolf: "Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung". Art. aus "Wirtschaft und Wettbewerb". Jahrg. 4, Heft 9.

24) Klebs, Friedrich: "Kartellform und Preisbildung". Stuttgart, Berlin 1939.

25) Kleinwächter: "Die Kartelle". Innsbruck 1883.

26) Klug, Oskar: "Der Streit um die Kartelle und Konzerne". Frankfurt a.M. 1953.

27) Koberstein, Günther: "Unternehmungszusammenschlüsse". Essen 1955.

28) Lehnich, Oswald: "Das Kartellgesetz". Berlin 1924.

29) Liefmann, Robert: "Kartelle, Konzerne, Trusts". 8. Auflage. Stuttgart 1930.

30) Liefmann, Robert: "Die Unternehmerverbände, ihr Wesen und ihre Bedeutung". Freiburg 1897.

31) Lohmann, Martin: "Einführung in die Betriebswirtschaftslehre". Tübingen 1949.

32) Lüthge, Friedrich: "Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte". Berlin, Göttingen, Heidelberg 1952.

33) Mellerowiez, Konrad: "Allgemeine Betriebswirtschaftslehre". Band III, Berlin 1952.

34) Metzner, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band I, Berlin 1954.

35) Metzner, Max: "Kostengestaltung, Preisbildung und Marktprobleme". Band II, Berlin 1954.

36) Metzner, Max: "Kartelle und Kartellpolitik". Berlin 1926.

37) Miksch, Leonhard: "Wettbewerb als Aufgabe". Stuttgart 1937.

38) Müller-Henneberg: "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung". Köln 1958.

39) Müller-Armack, Alfred: "Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft". Hamburg 1948.

40) Nell-Breuning, O.v.: "Berufsständige Ordnung und Monopolismus". (Ordo III, Verlag H. Küpper 1950)

41) Oppenheimer, Franz: "Theorie der reinen und politischen Ökonomie". Berlin, Leipzig 1919.

42) Passow, Richard: "Kartelle". Jena 1930.

43) Peter, Hans: "Grundproblem der theoretischen Nationalökonomie". Band III, Stuttgart 1937.

44) Peter, Hans: "Einführung in die politische Ökonomie". Stuttgart 1950.

45) Peter, Hans: "Die Freiheit der Wirtschaft". Köln 1953.

46) Peter, Hans: "Lenkung und Privatwirtschaft". Art. in "Festschrift für Wilhelm Rieger". Stuttgart 1953.

47) Peter, Hans: "Gutachten". Veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955.

48) Preiser, Erich: "Die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung". Stuttgart 1949.

49) Pütz, Theodor: "Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung". Wien 1948.

50) Rasch, Harald: "Kartelle und Kartellpolitik". Frankfurt a.M. 1951.

51) Richter, Rudolf: "Das Konkurrenzproblem im Oligopol". Berlin 1954.

52) Röper, Burkhardt: "Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen". Berlin 1952.

53) Röper, Burkhardt: "Der wirtschaftliche Hintergrund der Kartell-Legalisierung durch das Reichsgericht 1897". (Ordo III)

54) Röpke, Wilhelm: "Rittlings zwischen Sozialismus und Liberalismus". (Ordo III)

55) Röpke, Wilhelm: Kartelle - nur auf Rezept". Art. in FAZ v. 28.5.1955, S. 5.

56) Schäfer, Erich: "Grundlagen der Marktforschung". Köln 1953.

57) Schmölders, Günther: "Steuersystem und Wettbewerbsordnung". (Ordo III)

58) Schmölders, Günther: "Kartelle und Kartellpreise in der gelenkten Volkswirtschaft". Stuttgart 1942.

59) Schleussner, Adolf: "Das Gesetz mit dem Januskopf". FAZ v. 8.3.1955, S. 9.

60) Sonnenschein, Adolf: "Das Kartellgesetz muß beweglich sein". Art. in "Der Volkswirt", Jahrg. 9. Göttingen 1951.

61) Stavenhagen, Gerhard: "Geschichte der Wirtschaftstheorie". Göttingen 1951.

62) Stavenhagen, Gerhard: "Preisbildung und Marktformen". Göttingen 1951.

63) Tschiersky, Siegfried: "Kartelle und Trust". 2. Auflage. Leipzig 1932.

64) Veit, Otto: "Grundsätzliches zum Problem der Freiheit". (Ordo III)

65) Vershofen, Wilhelm: "Gutachten über die Kartellgesetzgebung". Veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie 1955.

66) Wagenführ, Horst: "Kartelle in Deutschland". Nürnberg 1931.

67) Wagenführ, Rolf: "Mensch und Wirtschaft". Köln 1952.

68) Weber, Adolf: "Die neue Weltwirtschaft". München 1947.

69) 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements: "Kartelle und Wettbewerb in der Schweiz". Bern 1957.

# L e b e n s l a u f

Am 22.2.1931 wurde ich, Roland Seyfert, als Sohn des Fabrikanten Artur Seyfert und seiner Ehefrau Friedl, geb. Doster, in Stuttgart geboren. Aufgewachsen bin ich in Korntal, wo ich meine Schulausbildungauf dem Realgymnasium im Juni 1950 mit dem Abitur abschloß.

Im Wintersemester 1950 begann ich an der Technischen Hochschule Stuttgart mit dem volkswirtschaftlichen Studium. Ein Semester studierte ich in Freiburg. Am 3. Juni 1954 legte ich an der Technischen Hochschule Stuttgart die Diplomprüfung für Volkswirte ab.

Nach dem Studium trat ich zunächst in das väterliche Unternehmen ein.

Ab Sommersemester 1955 setzte ich meine volkswirtschaftlichen Studien an der Universität Tübingen als Doktorand von Herrn Prof. Dr. Peter fort. Am 23.2.1962 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab.